مآخذ للغزالية

I

بسم الله الرحمن الرحيم

ولد ولد المبارك سيدي محمد ليلة السبت اول شهر المبارك شعبان
بعد عشاء الآخرة مضى منه تقديرا قدر ما بين المغرب والعشاء
سنة اثنين وتسعين وثمانماية وولد ولد المبارك سيدي الحبيب في
ليلة الاحد قبل خروج الناس من صلاة المغرب ثالث عشر من شهر الله المحرم
سنة خمس وتسعين وثمانماية انبتهما الله النبات الحسن وجعلهما من عباده
الصالحين ومن حملة ... وجعلهما الله من السعداء في الدنيا والدين
واطال حياتهما زمانا طويلا في الصحة والغنا والفرح والسرور
ويصونهما من الفتنة والشرور وينفع بهما والديهما والمسلمين
في الدنيا والآخرة غاية النفع ويجعل كعبهما مبارك عليهما حتى
للانبياء والمرسلين وجعلهما من المتابعين لاهل السنة والجماعة
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه اجمعين

١٤٩٨

ورقه ٢٠٨

كتاب نهاية الاقدام

في مأخذ الاحكام رحمه الله تعالى

قد وقف هذه النسخة الشريفة سلطاننا الاعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان الغازي محمود خان ... وقفا صحيحا شرعيا ... حرره الفقير احمد شيخ زاده السيد محمد المفتش باوقاف الحرمين الشريفين غفر لهما

مسئلة ما الحكمة كانت الصلوة ركعتين
وثلاثا واربعا الجواب ان الله تعالى خلق
الملائكة ذوات اجنحة مثنى وثلاث ورباع
لان صلوة الفجر مثنى وهو صلاة المغرب ثلاث
وصلوة الظهر والعصر والعشا اربعا
وجواب اخر ان الله تعالى خلق صورة آدم
قسمين جسم وروح امر صلوة الفجر ركعتين
ركعة لشكر الروح وركعة لشكر الجسد
وجواب آخر ان الله تعالى خلق جسم آدم
وا... ثلاثة ضواهرا وله العقل
والثاني القلب والثالث الايمان وامر صلوة
المغرب ثلاثا لشكر هذه الثلاثة وجوابا آخر
خلق آدم من اربعة اشياء الماء والنار والريح
والتراب وامره بو اربعا لشكر هذه الاربعة
.. نقل من فتاوى صغرى للحنفية

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين ولا عدوان الا
على الظالمين وصلى الله على خير خلقه محمد واله اجمعين
وبعد فان خير ما اشتغل المرء بابانه وناط به خواطره وافهامه
نشر علم درجت رعاته وماتت رواته كعلم النظر المكتسب
بالخلاف فان موضوعه تقرير الدلايل الفروعية والقواعد
المذهبية المستندة الى كتاب الله وسنة رسوله قال
الله عز وجل فان تنازعتم في شي فردوه الى الله والرسول
يعني الى كتاب الله وسنة رسوله ولما رايت جماعة من اهل
خراسان وما ورا النهر في زماننا هذا عدلوا فيه عن المنهج
واعتمدوا على الطريق الاعوج واشتغلوا بالتحريرات المرجحة
والاقيسة المجهولة المنمقة من غير ان يقفوا على ماخذ المسا[يل]
وحقايقها وغوامض اسرار الشريعة ودقايقها وقصدوا
لدراستها وحثوا المتفقهة على حفظها وحراستها وتركوا
الاشتغال بمعاني كلام الله وسنة رسوله والتفقه في دينه وا[ثاره]

فاحالوا حقيقة هذا العلم بادخالهم فيه ما ليس منه
فمثلهم بل شبههم فيهم لما قال الشعبي اعيتهم الاحاديث
ان يحفظوها فضلوا واضلوا وابت حينئذ الحميه
للدين اصل كل منقبه وام كل فضيله فاستخرت الله
عز وجل من احيا علم خمدت ناره وطمس مناره فالفت
فيه كتبا حاوية لقواعده جامعة لشوارده ككتاب
تخريج الفروع على الاصول الذي اودعته اسرار
الشريعه وجوامعها وطوايف الحكم وتوابعها وتعليقي
الموسوم بدرر الغرر ونتايج الفكر مبينا فيه ماخذ المسا[يل]
ومتون الدلايل وكان من قبل قد اوضحت في هذا الموسوم
بتفسير الوصول الى علم الجدل والاصول مصطلح ايمه
الهدى ومصابيح الدجى في قواعد هذا العلم ثم التمس مني جماعه
في هذه الايام من المشتغلين بتحقيق هذا العلم تحرير كتاب كاف
لماخذ المسايل الخلافيه والقواعد المذهبيه فالفت هذا
الكتاب متحريا فيه للصواب وقربت فيه ماخذ كل

بما هو غاية كلامهم ومنتهى مرامهم ثم ثبت رجحان نظر الشا
في كل مسئلة وشرحت واوضحت ولم آل جهدا فيما رجوت
ان اقرب الى الافهام واعتقدت انه اذهب للابهام
نهايه الاقدام في ماخذ الاحكام وجعلته ذخيرة لو
ينشوا في لصغر عليه ويرجع في الكبر اليه لمن ندب ما اس
هذا الكتاب وتفهم ما استرعيته يمكن من نظم الادله
المبينه من الجانبين في الاعتراضات الرايقة المكينه من
الطرفين استغنا عن حفظ المخلاف المنقوله والتعاليق
الطويله كل ذلك على سبيل الايجاز والاختصار دون الا
والاكثار واقول والله التوفيق

كتاب الطهارة

مسئلة موارد النجاسات لا تطهر الا بالما المطلق
عند الشافعي رحمه الله و**قال** ابو حنيفة رحمه
الله تطهر بكل مايع طاهر مزيل للعين قالع للاثر وللمسئله
ثلاث ماخذ **احدها** ان الاحكام عندنا ليست اوصافا
للاعيان وانما هي تعلق خطاب الشرع بافعال المكلفين ولا

حكم قبل الشرع ولا حسن ولا قبح ونيس للعقل مجال في
ذلك والطهارة والنجاسة ليستا من صفات الاعيان
المنسوبه اليها حتى لا يتغير ولا يتبدل بل نقول ان النجس
اذا لاقى محلا طاهرا صار المحل الطاهر نجسا حكما والحكم
بدعي ان الطاهر لا يصير نجسا اصلا فان الاعيان لا
ينقلب فانما اذا جاور النجس الطاهر اجتنبت الجميع
بطريق المجاورة كما لو اختلطت اخته باجنبيات او
ميتة بمذكاة والخل مزيل للمجاور كالما قالوا والذي يدل
على ان الما عينه لا يتنجس انه يعود بالمكاثرة طاهرا و
بزوال التغيير عن مبلغ القلتين لو تنجس عينه لاستحال
عوده طهورا **واعلم** ان بناء الحكم على هذا الماخذ باطل
من وجهين **احدهما** قوله عليه السلام خلق الما
طهورا لا ينجسه الا ما غير طعمه او ريحه فانه نص صريح
في ان ورود النجاسة على الطاهر تنجسه ودعوى المجا
لا وجه له فان الكلام لحقيقته الى ان يقوم دليل المجاز

الثاني اتفاقا على ان الجنب اذا انغمس في ماء قليل فيه
نجاسة لا يرتفع جنابته وقد جرى على بدنه ما طاهر طهور
بزعمكم فما معنى قولنا ان الما النجس لا يرفع الجنابة ا د
الما النجس فقط لا يتصور على هذا التقدير وانما يتصور ما
طاهر طهور في جوار جزء من النجاسة وهذا الجزء عنه
الماخذ الثاني ان طهورية الماء عند الشافعي ثبت
رخصة من حيث ان الما القليل ينجس بملاقاة النجاسة
وفاقا وانما الشرع جعله طهورا ضرورة دفع العسر
والحرج ويدل على ذلك نجاسة المنفصل مع كونه جزء
من المتصل وهم يزعمون انها ثبتت عزيمة فان معنى الطهارة
عندهم الازالة والخل شريك الماء في ذلك وقد دللنا
على بطلانه الماخذ الثالث مراعاة الشافعي لمعنى
التعبد في ازالة النجاسة واعراض ابي حنيفة عن القيود
التعبدية فيها والحاقه غير الما بالما لكن لا بطريق القياس
بل لفوات محل الامر كما سيأتي وانما يكشف ذلك بتقسيم

جامع وذلك ان القضايا الشرعية ثلثة اقسام قسم
ظهر فيه وجه المصلحة اما على قرب او على بعد كشرع
العلامات والمناكحات فانها لو لم تشرع ادى الى افنا د
امر المعيشة وقطع النسل وكشرع القصاص الذي لو لم
يشرع ادى الى فنا جنس الانس وقسم تعبدي اسلاد
لا يلوح منه معنى اصلا وان كان في طيه مصالح خفيت
عنا كالتعبدات المحضة نحو تقدير نصب الزكوات وعدد
الركعات ولا نقول في هذا القسم انه لو لم يشرع ادى الى
فساد امور العبادة وقسم ثالث فهم منه جبا
مصلحة كلية شرع لاحيام اسم العبادة والحث على
على مكارم الاخلاق ومحاسن الشيم مع انطوائه على
شروط شرعية وضوابط تعبدية لا بد من مراعاتها
كشرع الغسل والوضوء فانه فهم منهما كليا قصد
الوضاءة والنظافة مع اقترانه بتعبد الشرع امرا ما
طاهر على محل طاهر فانه جعل للما صفة الطهورية بعلو

وجعله رافعا على محل طاهر فانه جعل للماء صفه الحدث
ولا صفه الحدث تعلق لا صفه الطهوريه يعلق
ملحق الشافعي ازاله النجاسه بهذا القبيل وقال قد فهمنا
على الجمله من الامر بازاله النجاسه دفع القذاره وازاله
الوسخ لكن لا بد من مراعاه معنى التعبد فيها كما فهمنا قصد
سد الخلات ودفع الحاجات من باب الصدقات والزكوات
ثم مع هذا راعينا ضابط الشرع حتى لو صرف مكان
الشاه بخمسين خروفا لا يجزى وان كنا نعلم انها اكثر
من الشاه وابو حنيفه رحمه الله جرد النظر
الى المعنى اذ يعلم انه بعد استعمال الكلفات الامر
وصار بمثابه قوله اغسل يدك فانها اذا قطعت
او سقطت زال الامر بغسلها كذلك ههنا ونقول الحكم
اذا اثبت لعله زال بزوالها ونحن نقول نعلم زوال
اجزا النجاسه بالكل لكن بقي نجاسه الكل الذي لا في النجاسه
في المحل فبقي الحكم لبقا الكلف لها والحكم واذا ثبت

٥

لعله زال بزوالها مالم يخلفها عله اخرى ولا يلزم على
هذا الماء ما ذكرناه من الرخصه الداعيه الى مخالفه
القياس فيه والله اعلم مسئله اذا تغير الماء بشي
من الطاهرات التي يمكن صونه عنها كالزعفران والاشنان ن
والحبر والصبغ وما شاكله حتى سلبه اطلاق اسم الماء
لا يصح الوضوء به عند الشافعي رحمه الله وقال
ابو حنيفه رحمه الله متى كانت رقته باقيه تجرى على الاعضا
ويقال انه ماء فانه يصح الوضوء به وان اضيف الى غيره
ومأخذ نظر الشافعي ان طهاره الحدث تعبد محض على
ما سبق فيجب الاقتصار فيها على مورد النص والتعبد أ
ورد بالماء فلا يجوز ان يتعدى الى غيره وهذا امر كلي
يجب مراعاته وهو ان التعبد يجب ان تراعى فيه
المحل الذي ورد به التعبد ولا يجوز ان يتعدى الى غيره
ولا يحتاج الى الاستشهاد باصل ان شيت دللت
عليه بان ماء الباقلي لا يجوز الوضوء به فلا يخلوا اما ان يكون

فلا غلا فان الما القراح اذا اعلى لا يمنع الوضوء به فتعين
ان يكون لزوال اسم الما المطلق وهو ما يقوله وفي مسئلتنا
مثله وقال ابو حنيفه رحمه الله يحل المتغير قايم فانه
يسمى ما وان اضيف الى غيره كالمتغير بالتراب وهذا
ينتقض بالباقلى ولا يلزم المتغير بالتراب فان عندنا
كل مخالط ازال الاسم المطلق يمنع الوضو الا ما كان او غيره

مسئلة لا يجوز التوضي بالنبيذ عند الشافعي بكل حال
وقال ابو حنيفه يجوز التوضي بنبيذ التمر المطبوخ
الخاثر الذي قذف بزبده وروى العامري باسناده
عن نوح بن مريم ان ابا حنيفه في مرض موته عن مسله
التوضي بنبيذ التمر وماخذ النظر من جانبنا ما اسلفناه
في المسئله السالفه من كون طهارة تعبد لا يعقل معناها
وموضع التعبد يختص بما ورد به الشرع اذا المعنى غير معقول
ولهذا لم يلحق ما الورد بالما القراح وان كان يضاهي
الما في الرقة واللطافه وماخذ ابي حنيفه رحمه

الله التمسك بالحديث وهو ما رواه ابو يعلى الترمذي
عن ابي زيد مولى عمرو بن حريث المخزومي عن عبد الله
بن مسعود رضي الله عنه قال صحبت رسول الله صلى
الله عليه وسلم ليلة الجن فخط خطا وقال لا تخرج منه
الى ان خرجت منه لا تلتقي الى يوم القيامه فلما اصبحنا
جا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال هل في اداوتك ما
قلت لا الا نبيذ فاخذه وتوضى به وقال تمرة طيبة وما
طهور وهذا الحديث ماول عند الشافعي محمول على ما سلف فيه
تمرات ليجتذب ملوحته فان مياه اهل الحجاز مالحه
فكانوا يحتاجون الى تحليتها ليقدروا على شربها ويدل
عليه قول الرسول تمرة طيبة وما طهور سماه تمرا
وما ولو كان نبيذا مطبوخا يقذف بزبده لما سماه
بذلك مسئلة طهارة الاحداث يفتقر الى النيه
عند الشافعي رحمه الله وهي الوضوء والغسل والتيمم وقال
ابو حنيفه رحمه الله الطهاره بالما لا يفتقر الى النيه

أما التيمم فيفتقر إلى النية **ومأخذ النظر** فيها
أن الطهارات المشروعة في الأحداث عبادات عند
الشافعي لا أنها مجرد امتحانات وتكليفات لا يتعلق
بفعلها غرض عاجل ولا مقصود ناجز وتحقيق هذا
الكلام أن المتطهر عن الحدث ممتثل ما أمر به ومن
امتثل ما أمر به فهو مطيع والطائع لله متعبد له غير
أن المأمورات على قسمين قسم يتعلق بأغراض ناجزة
ومقاصد عاجلة تعود إلينا وتتعلق بمصالحنا ومعايشنا
وذلك مثل ما أمرنا به في أبواب المعاملات والمناكحات
وما يتعلق بالمآكل والمشارب وغير ذلك فهذا لا يفتقر
إلى نية لأنه يقال المقصود به قد حصل وقسم لا يتعلق
به غرض عاجل ولا مقصود ناجز بل هو امتحان النفس
وابتلاؤها للصبر على طاعة الله تعالى ليبلوكم أيكم
أحسن عملا وليس القصد به إلا ابتغاء الثواب كالصلوة
والصيام فمثل هذا يفتقر إلى نية التقرب لله تعالى

ليخلص لوجهه وطهارات الأحداث من هذا القبيل وأبو حنيفة
رحمه الله يراعي ما فهم من مقصود الوضاءة والنظافة
وأعرض عن معنى التعبد وزعم أن الماء طهور بطبعه
وما يعمل بطبعه لا يفتقر إلى قصد قاصد لكون الماء
مرويا والسيف قاطعا بخلاف التراب فإنه لا يطهر
بطبعه بل يطهر عند عدم الماء فافتقر إلى قصد ونية
وهذا مما نبهنا على فساده في مسئلة الإزالة **مسئلة**
جلد الكلب لا يطهر بالدباغ عندنا وقال أبو حنيفة
رحمه الله يطهر ومأخذ النظر فيها اعتقاد الشافعي
نجاسة الكلب في حال الحياة بناء على اعتقاده أن مفهوم
الخطاب حجة في قوله عليه السلام الهرة ليست بنجسة
في معرض التعليل فإنه يدل على نجاسة الكلب وأبو
حنيفة أنكر نجاسته حيث لم ير المفهوم حجة **مسئلة**
ما لا يؤكل لحمه تذكيته كموته لا تطهر شيئا منه بحال
وقال أبو حنيفة رحمه الله يطهر جميعه غير أن

لحمه لا يؤكل وماخذ النظر فيها ان طهارة المذكاة المأكول
عندنا ثبت رخصة من حيث ان كل ذكي ميتة ويتطرق
الى المذكاة ما يتطرق الى الميتات كلها غير ان الشرع جوز
الذكاة وذبح الحيوان لتنفيس حاجات الخلق الى اكل اللحمان
فان اللحم هو المذكى المغتذى المقيم للابدان وبه يتقوى على
الجهاد والطاعات وهذا المعنى معدوم في ذبح غير المأكول
فيبقى على الاصل وابو حنيفة الحق الذكاة بالحيوة في افادة
الطهارة لما فيها من درء الفضلات والعفونات المعفنة
للحم والجلد فقال الذكوة انما كانت مطهرة لانها تسبب
سح الدم من اعماق الاوراد واستخراج النجاسة من جميع
البدن ولهذا خصها الشرع بالحلق واللبة لانها مجامع العروق
النابضة ومنها يخرج جميع دم البدن قال والى هذا
اشار صاحب الشرع بقوله الذكاة ما انهر الدم وافرى
الاوداج ولهذا قلنا ان الجنين لا يذكى بذكاة امه لانه
لم ينهر دمه وبالاتفاق ما ليس له دم مسفوح يستوي

ذكاته وموته وهو السمك والجراد والميتة كانت نجسة
لاحتباس الدم فيها وفي مسئلتنا قد وجدت الذكوة التي
ينهر الدم فيجب ان يحكم بالطهارة والجواب عن ما حدهم
ان نقول قولكم وجدت الذكوة هاهنا فيطهر ما تعنون
وحلت الذكوة صورة او شرعا للاول مسلم وهو باطل بذكوة
المجوسي والثاني ممنوع فدلوا عليه فان قالوا المجوسي ليس اهلا
للذكوة قلنا والحمار ليس اهلا للذكوة مسئلة مس الذكر بباطن
الكف ينقض الطهر عندنا وقال ابو حنيفة لا ينقض
والمسئلة خبرية من جانبنا ولا مجال للقياس فيها فان الاحداث
مواقيت الطهارات ولا يهتدي القياس الى تعيين ميقاتها
ولا اثباته واعتماد الشافعي مذهبنا على حديث بسرة
بنت صفوان فانها روت عن عائشة رضي الله عنها
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ويل للذين يمسون فروجهم
ثم يصلون ولا يتوضؤن قالت قلت يا رسول الله هذا للرجال
قالت اذا افضت احداكن بيدها الى فرجها فلتتوضأ

وضوها للصلوة خرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما واجمع
احمد بن حنبل ويحيى بن معين ويحيى بن سعيد القطان
امام ايمة الحديث وابو زرعه وابو حاتم في منتحل الحديث
بنا على صحته وابو حنيفه يرى ان خبر الواحد
اذا كان مما يعم به البلوى لا يقبل والبلوى يعم بمس
الذكر وسياتي بطلان هذا المستند فيما بعد مسله
الخارج من غير السبيلين لا ينقض الطهر بحال عند الشافعي
وقال ابو حنيفه رحمه الله ينتقض بكل خارج نجس من
ورعاف وفصد وحجامه اذا سال ولم يكن قليلا وماخذ
نظر الشافعي رحمه الله ان الحكم في محل النص ثبت بالنص
لا بالعله فلا يتعدى مورده وهذا لان الاحداث مواقيت
للطهارات وليست معلله بمعاني معقوله اذ لا يعقل
غسل اعضاء طاهره والخارج خرج من محل اخر فثبت
انه تعبد محض فيجب ان يعتبر في ذلك مورد النص وقال ابو
حنيفه رحمه الله ثبت بمعنى النص وهو خروج الخارج

النجس فيتعدى الى غير المخرج واستدل على ذلك بان ازالة حب
الطهارة والطهارة لا تجب الا عن نجاسه والاقتصار
على الاعضاء ثبت تيسيرا والدليل على النجاسه قوله تعالى
ولكن يريد ليطهركم ونحن نقول هذا فاسد لان
الوضو لو وجب عن نجاسه لاختص بمحلها ولما اكتفي
فيه بالاحجار ودليل اختصاصه بالخارج بالمخرج المعتاد
وجوب الوضو بالطاهر والنجس والقليل والكثير والعين
والاثر مسايل التيمم مسله مذهب الشافعي رحمه الله
انه لا يصلي بتيمم واحد فرضين بل فريضه واحده وما شا
من النوافل وقال ابو حنيفه رحمه الله يجوز ان يصلي
بالتيمم من الحدث الى الحدث وماخذ النظر فيها ان التيمم
هل يرفع الحدث ام لا فعندنا لا يرفع الحدث وانما يستباح ح
به الصلوة كطهارة المستحاضه ويدل عليه ان المتيمم اذا
راى الما عاد الى ما كان عليه قبل التيمم ان كان جنبا فجنبا

وان كان محدثا فمحدثا وان كان المانع فانما كانت الاستباحة
بالتيمم لاجل الضرورة ولا ضرورة الى التيمم قبل دخول
المكتوبة واذا صلى المكتوبة فقد اندفعت الحاجة وانما يصلي
النوافل بطريق التبعية للفرض **مسألة** مذهب
الشافعي رحمه الله ان المتيمم اذا راى الماء في اثناء صلوته
لا تبطل صلوته ولا يعيدها وقال ابو حنيفة رحمه الله
اذا راى الماء مع القدرة على استعماله بطلت صلوته وهو
قول مخرج للشافعي من المستحاضة اذا انقطع دمها في الصلوة
وماخذ النظر في جانبنا عجزه من استعمال الماء شرعا
وهذا لان العجز ينقسم الى شرعي وحسي فالحسي مثل ان يخاف
التلف من استعمال الماء او يحتاج اليه لاجل العطش او
يحول بينه وبين الماء عدو او سبع والشرعي مثل ان يكون
عنده وديعة فانه لا يجوز ان يستعمله او يباع بزيادة
على ثمن المثل فانه لا يجب شراؤه واذا ثبت هذا فقد

فقد سلك الاصحاب في بيان العجز الشرعي طريقين احدهم
بطلانها فلا يجوز الانصراف عنها قال صلى الله عليه
وسلم ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها واذا لم يوجب
عليه الشرع الافضا به الى خسران حبه احتراما لماله فلان
يحافظ على حرمة صلوته لئلا تبطل عبادته اولى وهذا على
اصلهم الزم من حيث ان الشروع في التطوع يلزم **الثاني**
ان التيمم لا يبطل بصورة روية الماء فانه لو راه وكان عاجزا
عن استعماله لا تبطل اجماعا وانما تبطل بالقدرة على استعماله
واذا كان البطلان يقف على القدرة على استعمال الماء والقدرة
لا تتحقق الا بابطال الصلوة فيودي الى ايقاف الشيء على
نفسه وذلك دور لا يتحقق فيه الابطال في شيء **وماخذ
الحكم** ان الصلوة موقوفة ليتبين كالمفروغ منها فان
راى الماء بطلت وان لم ير استمر وهذا لان التيمم طهارة
ضرورة وقد زالت الضرورة فصار كما لو انقطع دم
المستحاضة وانقضت مدة المسح او تخرق الخف وهذا

فايده فان الامه مجمعه على الجزم بصحه الصلوه ورويه
الملا في حكم المبطل عند قوم **مسايل الصلوه** مسله
تجب في اول الوقت وجوبا موسعا من اول الوقت
الى اخره وعندهم تجب باخر الوقت والمسله اصوليه
فانها تبتني على امكان الوجوب الموسع وهو عندنا معقول
ومشروع اما كونه معقولا فلان الافعال **ثلثه** فعل
لا عقاب على تركه مطلقا وهو الندب **وفعل** يعاقب
عليه بالاضافه الى مجموع الوقت لكن لا يعاقب بالاضافه
الى بعض اجزا الوقت وهذا قسم ثالث فيحتاج الى اسم
ثالث وتسميته واجبا اولى لانه كذي نوي وكذا نقع
واشبه شي بمسلتنا الحج فانه يتاخر ولا يترك واي وقت
فعل كان اداء ولو فات وقته كان قضا كالصلوات
ويدل على كونه مشروعا ايضا القضا والنذور المطلقه والكفارات
والخصم يدعي ان مقتضى الوجوب للموسع التخيير بين الفعل
والترك وذلك من علامات النفل وهذا مدفوع بما ذكرناه

مسله تتفرع على الوجوب الموسع وهي ان الصبي اذا
صلى في اول الوقت ثم بلغ في اخره او بلغ في اثنا الصلوه التي
لا يلزمه الاعاده عندنا خلافا لهم **ومأخذ النظر**
فيها استوا اجزا الوقت في وجوب الادا وحصول
الاجزا عندنا واختصاصه باخر الوقت عندهم وقد صار
فيه اهلا للوجوب على ما سبق **مسله** اذا اجتهد في
اول الوقت وصلى ثم تبين له انه اخطا جهه الكعبه
قطعا يلزمه الاعاده عندنا على القول الذي ننصره في
الخلاف وقال ابو حنيفه لا يلزمه والمسله
اصوليه فان الخصم يدعي ان التكليف بالاجابه والحاله هذه
يفضي الى تكليف المحال لتعارض الجهات في ظنه وتقادم
الاحتمالات في جهته ونحن نمنع ذلك بنا على ان مدرك
الشروط والاسباب غير مدرك التكاليف فان التكاليف
تتلقى من الامر والنهي والشروط والاسباب تتلقى
وضعا من الشارع واخبارا بان يقول جعلت البيع

نسبا للملك والمماثلة شرط والنكاح سببا للحل والشهادة
شرط والحاصل ان الخطاب الشرعي على ضربين خطاب
تكليف وذلك يقتضي فهما وعقلا حتى اذا اختل
هذا الشرط اختل الخطاب والثاني خطاب اخبار على
ما ذكرناه ولا يستدعي هذا القسم درايه وعقلا بل
كل من اجتمع له النسب بشرطه حصل له الحكم ومن لا
فلا وما نحن فيه من قبيل الثاني لا من قبيل الاول

مسئلة اذا فاته صلوات ثم ارتد ثم عاد الى الاسلام
يلزمه قضا الصلوات عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه
الله والمسئلة اصوليه فانها تنبني على خطاب الكفار بفروع
الاسلام وذلك جائز عندنا والخصم يمنع ذلك بنا على ان
الكافر ليس باهل للعبادة فلا يجب عليه القضا بتركها
كالكافر الاصلي وهذا عندنا ممنوع فان الاسلام يجب
ما قبله وانما لا يصح الفعل فيه لانه ما قدم شرط الاهليه
للادا واعلم ان هذا الخلاف ينبني على اصل اخر وهو

ان الفعل المامور به هل من شرطه ان يكون شرطه حاصلة
حالة الامر ام لا فعندنا لا يشترط بل قد يتوجه الامر
بالمشروط والشرط على ان يكون مامورا بتقديم الشرط كالمحدث
يخاطب بالصلوة بشرط ازالة الحدث وهم يمنعون ذلك

مسئلة تارك الصلوة متعمدا يقتل حدا ضربا بالسيف
وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يقتل بل يضرب على تركها
ويحبس ومأخذ النظر فيها ان المغلب في الصلوة عندنا
مشابهة الايمان من حيث انها تتكرر بالاوقات
بخلاف الحج والصوم والزكوة ولا يدخلهما النيابة ولا
تفتدي ولا يسقط وجوبها بحال وابو حنيفة الحقها
بسائر الاركان فقد ايد ما ذهب اليه الشافعي بقوله
عليه السلام من ترك صلوة متعمدا فقد كفر وهذا
وان كان مجازا في تسميته كافرا لكنه دليل واضح في مشابهته
للايمان مسئلة العاصي بسفره لا يترخص رخص المسافرين
عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله يترخص والمسئلة اصوليه

فان معتقد الخصم انها من قبيل الجنين كالصلوة في الدار
المغصوبة ومعتقد الشافعي انه اذا انشا السفر على هذا
الوجه كان محظورا من كل وجه وافراد رخصات ما يعان عليه
ان يكون مباحا **مسئله** هل يجوز للزوج غسل زوجته
اذا ماتت عندنا خلافا لهم واتفقنا على ان الزوجه
تغسل زوجها والمسئله من طابنا توقيفيه والاعتماد فيها
على حديث عايشه رضي الله عنها وهو ما روي انه صلى الله
عليه وسلم دخل عليها وهي تشكو من راسها وهي تقول وا
راساها فقال يا عايشه ما يضرك لو مت قبلي فغسلتك
وكفنتك وصليت عليك ودفنتك فقالت
كنت اذا نعرس في موضعي هذا ثم قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم بل انا وا راساه فاخذه المرض في الحال
وتوفي فيه وماخذ الخصم فيها انقطاع الوصله
الجامعه بطريق انها النكاح بهاسهه وهذا يبطل
بالمبتوته في مرض الموت وكونها ترث فانه يدل

على ان النكاح يجوز ان يبقى اثره في حكم دون حكم وعندنا
في حق الرجعيه **كتاب الزكوة** **مسئلة**
اذا تلف نصاب الزكوة بعد حولان الحول وامكان الاداء
لا تسقط الزكوة عندنا خلافا له ولا خلاف انه اذا اتلف
مال الزكوة ضمنه بالاتلاف **والمسئلة اصوليه** ولها ثلثه ماخذ
احدها ان الزكوة عند الشافعي تجب على الفور تفريعا على ان
الامر المطلق مقتضاه البدار والفور على ما وردناه في كتاب
تخريج الفروع على الاصول وعندهم تجب على التراخي تفريعا
على ان الامر المطلق على التراخي **الماخذ الثاني** ان الحكم
في دوام وجوده لا يفتقر الى بقا السبب عندنا وعندهم
يفتقر اليه وقد فات **ونحن نقول** هذا باطل فان بقا
صور الاسباب حسا لا يعتبر اجماعا كصورة البيع
والنكاح بل يقدر بقاها شرعا فليكن كذلك في النصاب
الماخذ الثالث ان الزكوة عندنا تتعلق بالذمه
وعندهم تجب في العين وهو باطل بدليل جواز الادا

في غير النصاب مع القدرة على النصاب ووجوبها في صورة
الاستهلال **مسألة** المستفاد من جنس نصاب في اثناء
الحول لا يزكى لحول الاصل بل اذا تم حول الاصل زكاه واذا
تم حول المستفاد زكاه وقال ابو حنيفة يزكي المستفاد
لحول الاصل كما يزكى السخال لحول الامهات الا ان يكون
المستفاد بدل مزكى فلا يزكى وصورته ان يكون عنده
نصاب من الدراهم مثلا وزكاها ثم ابتاع بها ابلا فانها
لا تنضم الى ما عنده من الابل بل تفرد بحولها وزعموا
ان ذلك يؤدي الى ثنية الزكوة لان البدل والمبدل
كشي واحد **وماخذ** النظر فيها اختلاف للامامين
في تخريج مناط الحكم **مذهب الشافعي** رحمه الله
ان اعتبار الحول في الاصل كان لمعنى الارفاق
واستثمار المال واستخراج فوائده على انه بان استثمار
الفوائد لا يحصل الا في مدة مديدة فضرب الحول
امدا لذلك **ومعتقد** ابي حنيفة رحمه الله ان اعتبار

الحول في الاصل كان علاما لتأديه الزكوة وتوقيتا لها
بوقت واحد حتى تثبت السعاده في اقطار الارض
لجبايه الصدقات في وقت واحد **ونحن** نقول ما ذكراه
معنى معقول لا يمكن انكاره وما ذكره عتره ولا يصلح للتعليل
اذ كيف يكون للاعلام والناس يختلفون في احوالهم
لاختلاف احوالهم فهذا يتم حوله اليوم وذلك يتم
حوله بعد شهر الى غير ذلك وما كان مختلفا غير منضبط
كيف يقال الجلوس في شهر واحد والمراد بقوله اعلموا
في السنه شهرا اي تعجيل ما لم يجب واخراج ما وجب
لا ان شهرا واحدا يعم جميع الخلق **مسألة** تجب
الزكوة في مال الصبي والمجنون عندنا خلافا له ومعنى
الوجوب هاهنا استحقاق الاخذ من ماله على وزان
قولنا الديون واجبه عليه وماخذ النظر فيها ترجيح
معنى على معنى مع اتفاق الامامين على اشتمال الزكوة على
المعنيين اعنى معنى العباده ومعنى المواساه فان الخصم

يقول الزكوة عبادة محضة فانها ابتلاء وامتحان للشخص
بتنقيص ملكه وذلك امر شاق على النفوس قالوا واذا
كانت الزكوة ابتلاء فالصبي ليس اهلا للابتلاء ولا محلا له
والشافعي يقول الزكوة جارية مجرى النفقات فان المقصود
الاظهر والغرض الابين لا تنتهي منها سد الخلات
فان الفقرا عالة الاغنيا فاحال قوما على قوم حتى لا
يضيع شطر الخلق ومعظمهم وشبه المواساة بقرابة الاسلام
بالمواساة لحقيقة القرابة والصبي اصل للانفاق على قريبه
وما فيهما من معنى الابتلاء وهو ما قرن الزكوة من عظيم
الثواب وبتركها من عظيم العقاب انما كان حثا
لارباب الاموال على اخراج الزكوة فان النفوس مجبولة على
الشح والضنة والتهالك الى الفلس والحبة فكان ما في
الزكوة من الابتلاء تحقيقا لهذا الغرض وما ذكره ابو حنيفة
من معنى الابتلاء فهو حاصل في العبادات كلها وانما
خصيصة الزكوة ما ذكرناه والابتلاء فيه تابع للغرض الذي

العالة جمع العائل وهو الفقير يستنش بها من المطر مجمل

١٥

ذكرناه مسئلة اذا مات من وجبت عليه الزكوة
قبل ادائها اخذت من تركته وقال ابو حنيفة
رحمه الله تسقط بموته وهذه المسئلة فرع المسئلة المتقدمة
فانها مبنية عند الشافعي على كون الزكوة وجبت مواساة
للفقراء فهي خرجت لهم في ذمته هذا الشخص ولا تسقط بموته
كسائر ديون الادميين وابو حنيفة يرى ان الزكوة وجبت
ابتلاء وامتحانا للشخص بنقص ملكه وقد بطل معنى التعبد
والابتلاء بالموت مسئلة اخراج غير المنصوص عليه
في باب الزكوات لا يجوز عندنا خلافا لابي حنيفة
رحمه الله وهكذا الخلاف في النذور والكفارات
واعلم ان هذه المسئلة قد ترجمت بما يلتبس على المتفقه
حقيقتها فقيل اخراج البدل في الزكوة عند الشافعي لا يجوز
ويجوز عند ابي حنيفة وليس الامر كذلك فان ابا حنيفة
لم يقل ان الزكوة لها بدل يصار اليه بل المخرج عنده
هو الاصل فانه يقول صاحب الشرع حيث نص

على الشاة فنصه انما كان بيانا للمقدار ماليه الشاة في كل
مال لا على صورة الشاة وهو كنصه على ربع دينار في القطع
في السرقه فانه لا يقال ان ذلك يختص بالمنصوص عليه حتى لا
يقطع الا في سرقة ربع دينار من الذهب بل قيل انما نص على
ماليه ربع دينار من كل مال كذلك النص على الشاة نص على
ماليتها فاذا ما اخرج عنه الا ما هو الاصل والبدل هو
الذي يعدل اليه من اصل كان قبله وما خذ النظر فيها تعدد
الحاق غير المنصوص بالمنصوص عندنا امرا كاه للتعبد بالترتيب
بين الفقرا والاغنيا في جنس المال دليل اعتبار التعبد
تنصيصه في الجبرانات على ما يوجب قطع النظر عن القيمه
بكل حال فانه قدر وبين حده وقرره فاوجب شاتين
او عشرين درهما مع علمنا بان الاحوال تختلف في الجبود
باختلاف الاعصار وتفاوت الاسعار فربما كان ازيد
او انقص منه فاما ان يكون مثله ابدا فلا يكاد يطرد
وايضا فانه جعل العشرين درهما بقدر الشاتين

مع

١٦

مع علمنا بانه قد يزيد قيمة الشاتين على العشرين وقد ينقص
وكل هذا اتبين لمن تامل انه ما اراد القيمه ولا التفت
اليها بل اعرض عنها بالكليه وكذلك تخصيصه الواجب
بالاناث دون الذكور فانه اوجب بنت مخاض
ثم بنت لبون ثم حقه ثم جذعه ثم عدل الى العدد
فاوجب بنتي لبون وحقتين الى ان قال فاذا زادت
على مايه وعشرين استقرت الفريضه ففي كل اربعين
بنت لبون وفي كل خمسين حقه ولم يتعرض للقيمه
بحال هذا مع انقياد شعانه الى البلاد التي لا يعز عندهم
النقود كاليمن والبحرين وعمان وابو حنيفه رحمه الله
يقول صاحب الشريعه حيث نص على الشاة فنصه
انما كان بيانا لمقدار ماليه الشاة في كل مال
لا على صورة الشاة وهذا كما نص على ربع دينار في القطع
في السرقه فانه لا يقال ان ذلك يختص بالمنصوص
عليه حتى لا يقطع الا في سرقه ربع دينار من الذهب

بل قيل انه نص على ماليه ربع دينار وتحقيق هذا الكلام
ان الزكوة دار وجوبها بين المواساة والابتلا ولا
ثالث لهما وايهما كان فالقياس اصح فيه ان
كان المواساة هو المغلب والمقصود منها سد الخلة ودفع
الحاجة وهذا المعنى يستوي فيه اخراج الشاة والقيمة
وان كان الابتلا هو المغلب لهذا النوع من الابتلا
لا يتفاوت الامر فيه فان نقيض المغلب المال
يحصل بالقيمة والعين على ما سوا فليخرج ما شا وهذا
مدفوع بما ذكرناه فلا حاجة الى اعادته مسئله
اذا ملك نصابا وعليه مثله دينا مستغرقا بان ملك
عشرين دينارا وعليه عشرون دينارا فالقول المنصور
في الخلاف ان ذلك لا يمنع وجوب الزكوة والقول
الثاني ان ذلك يمنع الوجوب وهو مذهب ابي حنيفه
غير ان ابا حنيفة رحمه الله لا فرق عنده بين المستغرق
وغير المستغرق حتى لو كان عشرون دينارا وعليه دين

ينقص النصاب كدينار او نصف دينار فانه لا زكوة عليه
وماخذ النظر فيها ان ملكه في هذا النصاب تام عندنا
بدليل تمكنه من التصرف بعوض وغير عوض وعندهم
هو ناقص كمال المكاتب من حيث انه ينتزع منه قهرا ويسلمه
القاضي الى غريمه فهو مال حر لزل متقلقل ونحن نقول
دليل كمال الملك ما ذكرناه من تمكنه من التصرف
والتبرع حتى لو تبرع بصبه هذا النصاب على محاويج دين
لا يكتسب به محمده في الدنيا ولا مثوبة في العقبى ولا
مانع يمنعه من ذلك فهذا يبطل تعلق حق الغير بعين ماله
فان قالوا هو معد لقضا الدين قلنا لا بل الدين في ذمته
وهي حامله تامة فهي محل الدين ولا تعلق للدين بالعين بحال
فهذا المال الذي في يده وساير اموال الدنيا بالاضافة
اليه منه على حد سوا فان قالوا نصور فيما اذا ضاقت
عليه المذاهب وانسدت عليه المطالب والمارب
ولم يكن له وجه سوى ما في يديه الشرعيه يقضيه

قلنا حكم الحال لا يحكم الاصل لما تقرر في الاصل من ثبوت
الدين في الذمة **مسئلة** الحلي المباح لا يجب فيه
الزكوة عندنا على القول المنصور في الخلاف وعندهم يجب
ولا خلاف في وجوبها في الحلي المحظور كالرجل اذا اتخذ
حلي النسا لنفسه وماخذ النظر فيها اختلاف المذهبين
في مستند وجوبها في النقدين والوجوب عندنا كان
باعتبار معنى مودع فيها وهو كونهما مهيأين للتجارة والنما
وعندهم كان باعتبار عينهما وداتهما فيدور مع العين كالربا
وهذا باطل لانها لو وجبت لعينها لما افترق الحال بين القليل
والكثير كما في الربا **مسائل الصوم مسئلة** لا يصح صوم
رمضان ولا غيره من الصيام الواجبة الا بنية من الليل
وقال ابو حنيفة رحمه الله يصح بنية تنشا نهارا قبل
الزوال وساعد في صوم القضا والنذر المطلق والكفارة
انه لا يصح الا بنية مبيتة ونحن قد ساعدناهم في صوم التطوع
انه يصح بنية من النهار الا على وجه للمزني وماخذ النظر

فيها ان صوم كل يوم من رمضان عبادة مقصودة من اوله
الى اخره عندنا بنص قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه
وان الشهر عبارة عن الزمن الواقع بين الهلالين
غير ان الليالي خصت بدليل فبقي صيام ما عداها
واجبا بحكم الدليل وعندهم ان الامساك قبل الزوال
ليس بعبادة مقصودة لان العبادة ما شرعت للابتلاء
والامتحان ليتميز المطيع عن العاصي ولا تحقق لذلك
الا بهجر المالوف المشتهى ونهي النفس عما يحب
وتهوى من تقديم الاجل على العاجل والامساك عن
الاكل في صدر النهار غير شاق على النفس لانتفا الداعيه
وهذا باطل بحكمين قاطعين احدهما وجوب الكفارة
بالافطار فيه والثاني وجوب قضا جميع اليوم والقضا
تلو الادا وخلف عنه وقولهم لا مشقة قلنا المشقة
لا يعتبر في كل جزء من اجزا العبادة بل في مجموعها
فان من شرع في الصلوة والحج انما يلحقه المشقة بالتمام

والنهاية لا بد لكل جزء منها مسألة لا يصح صوم رمضان
عندنا الا بتعيين النية وهو ان يقول انا صائم غدا
من رمضان قال ابو حنيفة رحمه الله لا يفتقر
الى تعيين النية بل اذا نوى مطلقا انصرف الى رمضان
ومأخذ النظر فيها البحث عن حقيقة النية ووجه الافتقار
اليها والنية على ضربين تقرب وتمييز اما التقرب ففي
العبادات باخلاص العمل لله تعالى اما التمييز كما في الديون
فان دفع المال يحتمل التمليك هبة وقضاء للدين وفي محل
النزاع لا خلاف ان النية للتقرب غير انها تتعين دائر
بين كونه فرضا او نفلا وقضاء فتثبته بالتعيين والفرض
له خصيصة ومزية فلا تحصل الا بقصد ونية وابو حنيفة
استغنى بالوقت المتعين عن التعيين وزعم ان الشرف
والمزية مستفادة من هذا المحل والزمان الخاص فلا
يحتاج ان يفصله ويميزه بل هو حاصل عند وقوعه فيه

وقرر ابو زيد هذا بان قال الواحد في الزمان كالواحد
في المكان ثم لو كان في الدار رجل واحد اسمه زيد فانه لا فرق
بين ان يناديه باسم الجنس فيقول يا رجل او يناديه باسم
العلم فيقول يا زيد فانه على الوجهين جميعا يقال انه اصا
بدرايه ونحن نقول هذا فاسد فان تعيين الزمان لو كان
يغني عن تعيين النية لكان يغني عن اصل النية كما قال
زفر وما ذكروه من المثال فلا يناظر ما نحن فيه فان الرجل
هناك موجود في الدار وانت تخاطبه وفي مسئلتنا الصوم
ليس موجودا اصلا بل هو في ذمته لا يقع الا بايقاعه
ولا يحصل الا بداعيه وهو في موضع الشرع انواع
مختلفة فلا بد من قصد الى خصيصته ليفصله عن فصيلته
ولا يلزم على هذا الوضوء والحج فانهما يتاديان بنية
مطلقة لانا نقول اما الوضوء فهو رفع الحدث او استباحة
الصلوة وكل ذلك لا ينقسم الى فرض ونفل واما الحج فلا
يلزم ايضا لان المخرج الى التعيين ورد في الفعل بل

دات المامور منتفيه الحضور بالمناسك مسئله
الافطار بغير الجماع لا يوجب الكفاره عندنا ويعم
جميع المفطرات عند مالك ويختص بمقصود الجنس
عند ابي حنيفه فيجب بكلما فيه غدا او دوا وماخذ
النظر فيها تنقيح المناط في محل الاجماع في قصه الاعرابي
فانها تشتمل على اوصاف كثيره واختلافنا في وصف
واحد وهو كونه وقاعا فنحن نعتبره من حيث ان الكفاره
في مقابله الفعل ما جزا عليه او محوا لاثم حتى يصير
كان لم يكن وهذه المناسبه في خصوص الوقاع اكثر
فان الوقاع باعتبار اصله حرام فاحل عارض والاكل
باعتبار اصله مباح والحرمه كعارض وهذا نقضي بتحريم
كل امراه لم تعرف حلها وتحل حرام لغيره وابو حنيفه
يعتبر عموم وصف الفساد من حيث ان الصايم
مامور بالكف عن الشهوتين والجنايه بارتكابهما
واحد وقد سوى الشرع بينهما تحريما وتحليلا والكفاره

صالحه للزجر عن الافطار سيما وشهوة البطن اكثر وقوعا
فاقتضت الزجر عنها ونحن نقول هذا فايده فان توقان
النفس الى الجماع عند هيجان الشهوه وثورانها على قدر الله
وتوفرها ونحن نعلم من حيث الحس ان لذه الجماع يزيد على
لذه الاكل والشرب اضعافا مضاعفه فانا نرى في المجامع
في تلك الحال ما يعتريه من الشهوه والذهول والقلق والا مطلب
وتغير الحال واللون ما نعلم به توفر لذته ولا يعتريه عند
تناول لذائذ الطعام مثل هذه الامور بحال مسئله المطاوعه
في نهار رمضان لا يلزمها الكفاره على القول المنصور وقال
ابو حنيفه يلزمها وماخذ النظر فيها ان المراه سبق
فطرها جماعها عندنا فصار كما لو ابتلعت حصاه ثم جومعت
وبيان هذا ان الجماع هو تغييب الحشفه في الفرج فعند
ذلك يلتقي الختانان كما صوره العلما فيتعلق عليه احكام
الجماع اما الفطر فيحصل بوصول اول جزو من الحشفه
في باطنها ثم بعد ذلك يحصل الجماع والجماع بعد الافطار

لا يوجب الكفارة والكفارة كفارة وقاع وهذه مواقعه
لا مواقعه لان الوطي من الرجل وهي ممكنه والتمكين
من الفعل دون الفعل ويتايد ذلك بالعاقلة اذا امكنت
مجنونا فان الحد ساقط عنها عندكم فان ناقضونا بحد الزنا
وكونه يعمهما قلنا الحقايق لا ينتقض بالاحكام وانما الشرع
لقب تمكينها زنا وربط به الحدود لذلك اليه فان قالوا اذا
لحقت به هناك فليلحق به هاهنا قلنا هذا قياس في
الاسباب ولا مجال للقياس في الاسباب سيما على اصلكم
والخصم يدعي استواهما في السبب وان افطارها كافطاره
بدليل الوقاع في حالة الاحرام بالحج فانه يجب على كل واحد
منهما كفارة وهذا باطل بما ذكرناه في الفرق بينهما
مسئله المجنون اذا افاق في اثنا الشهر لا يلزمه قضا
ما فات من ايام الشهر وعندهم يلزمه ولا خلاف
ان المجنون لو طبق جميع الشهر لا يلزمه قضا شي بحال
ومأخذ النظر فيها ان الوجوب عندنا يتلقى من خطاب

الشرع ولا خطاب في حق المجنون وعندهم يتلقى من الاسباب
والادا هو المفتقر الى الخطاب وزعموا ان خطاب الادا
هو التماس الفعل من المكلف والمجنون ليس اهلا له وخطاب
الوجوب للاثبات في الذمة وذمة المجنون صحيحة قابلة
للحقوق بدليل لزوم غرامة المتلفات وارش الجنايات
وعند الشافعي يلزمه الزكوة وخطاب الادا يكون
بعد ذلك بامر جديد فان افاق خوطب به قالوا والدليل
على ان خطاب الوجوب غير خطاب الادا ان من باع شيا
بثمن موجل فالعقد يوجب الثمن في الذمة والادا يجب
عند تصرم الاجل لا بنفس العقد بل بامر اخر ونحن نقول
هذا التقسيم مقبول لكن في العلامات فان الواجب
مثلا مال مقدر في الذمة والعبادات ليس فيها
الا خطاب واحد وهو طلب الفعل والفرق بينهما
ان المال المودي غير فعل الادا وهاهنا الفعل المودي
غير فعل الادا وقد وقع الاشتراك في اللفظ فانه يقال

اذي لمالك اذي الصلوه فطران المودي في الصلوه
غير الاداء او العذر عن النايم ان الشرع ادار الخطاب
مع العقل والنايم عاقل بدليل انه لو دعاه منتبه فزال
عقله وجب عليه الضمان فنسبه النايم الي المجنون
نسبه المقيد الى الزمن مسئله اذا جامع في رمضان
واحد يومين قضا علا لا يجزيه كفاره واحده عندنا خلافا
لهم وهذا العباره اولي من قول بعض الاصحاب الكفارات
لا تتداخل لان لا تنادي نافعه للقول الموجب من حيث انهم
اختلفوا في هذه المسله اختلافا لا يعود الى الحكم فان منهم
من قال الكفاره في اليوم الثاني لا تجب اصلا لتقاصر
السبب ومنهم من قال تجب كما في اليوم الاول غير انهما
لا تتداخلان ومعنا لتداخل تنزيل الفعلين منزله الفعل
الواحد والماخذ المشهور فيها ان المغلب في الكفارات
عند الشافعي معنى العباده وعند ابي حنيفه معنى العقوبه
فيتداخلان كالحدود والصحيح ان الكفاره ليست من

من قبيل العبادات فان العبادات مطلوبه والكفاره
تجب بسبب يا باه الشرع وليست عقوبه ايضا لان
العقوبات بزجر عن الفعل والفعل انما يزجر عنه اذا
اتصف بالحرمه ونهي عنه والكفاره تجب باسباب
لا يتعلق بها النهي ولا يوصف بالحرمه كالقتل الخطا
وليست غرامه ايضا فان الغرامات شرعت لجبر المحال
والكفاره تجب في مقابله الفعل اجماعا ولهذا يتعدد
في الجماعه اذا قتلوا واحدا مع اتحاد الديه فهي اذا جنس
بنفسها شرعت للجوابر لفعل ودعواهم هتك حرمه الفعل
الشهر خيال فاسد فانه جنى على نفسه ودينه واليوم
الثاني فيه كاليوم الاول فصار كما لو ظاهر ثم ظاهر مسئله
المنفرد بروية الهلال اذا رد القاضي شهادته يلزمه
الصوم فيما بينه وبين الله وفاقا فاذا جامع في هذا اليوم
يلزمه الكفاره عندنا خلافا لابي حنيفه رحمه الله
وماخذ النظر من جانبنا طرد القياس فيها بنا على ان قطع

في هذا اليوم لا شبهة فيه وما خذهم اعتقاد شبهه
دارية للكفارة وهي قضا القاضي بالرد وتفرده بالرويه
مع احتمال الغلط وهذا باطل بوجوب الصوم عليه
ودعوى الاحتياط باطل بصوم يوم الشك فانه
لا يجب بل يحرم **مسئلة** اذا شرع في صوم التطوع
او صلوة التطوع جاز له التحلل منه واذا تحلل منه فلا
قضا عليه وقال ابو حنيفه يلزمه بالشروع
واذا تحلل لزم القضا وما خذ النظر ان الشروع عندنا لا
يصلح ان يكون ملزما من حيث ان التطوع هو ما يتخير فيه
بين فعله وتركه فان شا اقدم عليه وان شا احجم عنه
والشروع في الشي يكون على وفق ذلك الشي فان كان واجبا
فندب اما ان ينقلب النفل واجبا فلا وهذا لان
الشروع ليس امرا زايدا على العبادة بل هو تلبس بالعبادة
وخوض فيها واذا كان الشروع في العباده هو نفس العباده
فلا ينبغي ان نزيد حكمه عليها بل يكون الدوام فيها على حسبها

فان قاسونا بالحج قلنا الحج منقطع عن قياس العبادات
متفق على انه مستثنى فان الاحرام اذا تلبس به تشبث
بصاحبه حتى يجب المضي في فاسده ويكفر ثانيا وثالثا
مع فساده واذا دخل في الحج المظنون لا يجوز له الخروج
خارج هذه الامور لا عهد لنا بشي منها في العبادات
وما خذ الحنفيه وعمدتهم قولهم انما لزمه اتمام ما
شرع فيه وان كان في الاصل مخيرا نظرا الى ما مضى من
العباده لا نظرا الى ما بقي بل حفظا لما مضى وصيانة
له عن الاحباط والاسقاط فانه لو قطعه بطل عمله
قالوا وخرج على هذا الصلوه فان من شرع في صلوه رباعيه
جاز له الخروج من اثنتين وفاقا لانه تعلق لما مضى
بما بقي لان ما اتى به صلوه مستقبله كامله حتى نقول
لا يجوز فيه ان يخرج عن ركعه واحده لان الركعه
الواحده ليست صلوه وردوا هذا بان العباده محترمه
فقطعها تهاون واستخفاف واخلال لجلال المعبود

كالواحد المعظم منا اذا اشتغل بعض خدمه بخدمته
بان تابط بغاشيته بين يديه او وقف تجاه وجهه
مكبا على خدمته ثم في خلال ذلك اعرض عنه واشتغل
بخدمة غيره فانه يعد ذلك في العرف والعادة تهاونا
وازدرا ونحن نقول هذا فاسد من وجهين احدهما
لانسلم انه اتى بعباده لان العباده البدنيه لا تبعض لها
وهكذى سائر الاسباب فان من اتى باحد شقي العقد
لا يقال اتى ببعض السبب ~~فان من اتى~~ لان بعض السبب
عدم في اقتضا الحكم فان قالوا فلما ذا وجبت عليه الكفارة
بالوطي قبل الافساد قلنا لانا لا نعتبر في وجوب الكفاره
بالوطي وجود العباده بل نوجب الكفاره على من لم ينعقد
له العباده بان نطلع عليه الفجر وهو مجامع فاستدام
فهذا قد منع حصول العباده وعليه الكفاره فلا فرق عندنا
بين القطع وبين المنع الوجه الثاني نسلم لهم وجود العباده
ولكن لم لا يجوز قطع العباده وابطالها فان المراد بقوله

تعالى ولا تبطلوا اعمالكم الايمان اي لا تحبطوها بالردة
فان الردة هي التي تحبط الاعمال وقولهم ان قطع العباده
تهاون واستخفاف قلنا باطل بثلث مسايل احداهما
المسافر اذا شرع في الصوم ثم افطر فان له ذلك وان كان
يعد في العرف تهاونا الثانيه مسله الضيافه وهي اذا دعى
صديقه واقترح عليه ان ياكل من طعامه فافطر فان له ذلك
مع وجود ما ذكرتموه الثالثه ما اذا ظن انه واجب عليه
ثم بان انه لم يكن واجبا عليه **مسايل الحج** مسله الحج يدخله
النيابه عندنا لكن عند العجز لا عند القدره وقال
ابو حنيفه رحمه الله لا يدخله النيابه الا اذا مات
ووصى ان يحج عنه وتفصيل المذهب عندنا ان الحج
ان كان فرضا فلا يجوز النيابه فيه الا في موضعين في حق
الميت وفي حق من لا يثبت على الراحله لزمانه او كبر
وان كان تطوعا ففيه قولان اصحهما انه لا يجوز
النيابه فيه وحيث يجوز الاستنابه فالحج عندنا يقع

عن المستنيب لا عن النايب وقال ابو حنيفة
رحمه الله يقع الحج عن المباشر وانما يحصل للمستاجر ثواب
النفقة التي اخرجها فحسب ومأخذ النظر فيها ان فعل
العبادة عندنا علم على حصول الثواب منحة وتفضلا من الله
تعالى والمعصية علم على العقاب تفريعا على بطلان قاعدة
الصلاح والاصلح واذا كانت الافعال الاختيارية اعلاما
وامارات على الاحكام جاز ان يجعل فعل زيد علما وامارة
على حصول الثواب لعمرو كما كان فعل الجاني علما لوجوب
الدية على العاقلة وعندهم ان الثواب معلول الطاعة
وحكمها والعقاب معلول المعصية وموجبها فلا يتعدى
ما عليها استمدادا من وجوب رعاية الاصلح وهذا
اصل قد ابطلناه في كتاب تخريج الفروع على الاصول
مسئلة ومما يتفرع ان من وجب عليه الحج وتمكن
من ادائه واخره حتى مات فانه يحج عنه من ماله وارثه
ووليه وهل يجوز ذلك لغير الوارث اختلف اصحابنا

فيه وقال ابو حنيفة اذا مات سقط الحج عنه
وهو قياس مذهبه فان عنده العبادات المالية
ايضا تسقط بالموت كالزكوات والكفارات ثم استثنى
الوصية فقال ان اوصى بالحج فانه يحج عنه من ثلثه ان
خرج منه والا سقط كساير التبرعات مسئلة الحج عندنا
يجب وجوبا موسعا في جميع العمر وقال ابو حنيفة
رحمه الله يجب مضيقا على الفور والمسئلة اصولية فانها
مبنية على ان الامر المطلق لا يقتضي اكثر من الامتثال على
الاسترسال اما في الحال واما في المآل فان الوجوب
متلقى من الصيغة وقوله تعالى ولله على الناس حج البيت
من استطاع اليه لم يدل بفحواه ومبناه على اكثر من
ايجاد الفعل وقال ابو حنيفة الحج على الفور ونقلوا
عن ابي حنيفة انه قال كلاما لم تجدوا لي فيه نصا فمذهبي
فيه مذهب ابي يوسف وقد تايد مذهب الشافعي
بالتوقيف اذ قد صح ان فرض الحج نزلت سنة خمس من

الحج ثم اخره صلى الله عليه وسلم الى سنة عشر وكان مقيما
بالمدينه لا مجاهدا ولا محصورا ولا مشغولا بشغله
عن الحج **مسئله الصروره** وهو الذي لم يحج عن نفسه
اذا نوى الحج عن غيره او نوى النفل او النذر فانه ينصرف
الى حجة الاسلام التي عليه وقال ابو حنيفه
رحمه الله يصح كل حج يؤديه على ما نواه الا ان يطلق النيه
فان ينصرف الى حجة الاسلام عنه والمسله من طنبنا
خبريه والاعتماد فيها على الحديث الصحيح والنص الصريح
الذي لا تاويل فيه وهو ما رواه الحسن بن ذكوان عن
عمرو بن دينار عن عطا عن طاوس رواه الحسن بن ذكوان
عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سمع رجلا
يلبي عن شبرمه فقال ويحك من شبرمه فذكر صديقا
له فقال او حججت عن نفسك فقال لا فقال هذه عن نفسك
ثم حج عن شبرمه والقياس مع ابي حنيفه فانه يقول الحج
عند لم يجب على التراخي فانه لم يتعين له زمان وعندي

٢٦

وان كان على الفور غير ان الزمان لم يتعين له فان هذه العبا ده
مقدره بالفعل لا بالزمان فجاز ان يوقع في ذلك الزمان
غيرها كالصلوة فانه يصح ان يوقع في وقت الفرض النفل

كتاب البيوع مسئله

شرى الا عيان
الغايبه لا يصح عندنا على القول المنصوص في الخلاف
والقول الثاني وهو مذهب الخصم انه يصح ويثبت
للمشتري الخيار اذا راه وفي بيع الاعيان الغايبه طريقا ن
ان قلنا ان الشرا باطل فالبيع اولى وان قلنا يصح ففي البيع
البيع قولان والفرق بين البيع والشرى ان البايع مفرط
لانه غير معذور في ترك الرويه اذ المبيع اما في يده او
يد نايبه والمشتري معذور في ترك الرويه لكون المال
ابين في يده والمسله مصوره فيما اذا ذكر جنس المبيع ونوعه
مقتصرا كقولك بعتك عبدا تركيا او ثوبا مسطبيا وما
خذ النظر فيها ان الجهل بوصف المبيع عندنا كالجهل
باصله وابو حنيفه فرق بينهما وسبيل كشف الغطا

عن المناظرين ان نقول لا خلاف ان الجهالات باسرها مما لا
يحتمل في عقد البيع حتى لو قال بعتك شيئا او بعتك
ثوبا او بعتك بزة هذه الصفقة او بما باع به فلان عبده
فانه لا يصح العقد ولا خلاف ايضا ان حقيقة العلم
بالمبيع والاطلاع على خفاياه وزواياه مما لا يشترط
حتى يصح ان يشتري الجوهر من لا يعلم حقيقتها والثوب
من لا يعرفه فلا بد اذا من ضابط ولا ضابط الا الرؤية
والعيان لانه اوفى مدارك العلم والاحاطة وهو
سبب حصول العلم فاشترط الشافعي وجود سبب
العلم لا حقيقة العلم فان في اشتراط حقيقة العلم مشقة
يلزم من سياقها ان لا يصح شري الجوهر الا من جوهري
وشري الثوب الا من بزاز والعبد الا نخاس وهلم جرا و
ذلك يحرج حرجا عظيما يفسد به ابواب المعاملات
على الناس وصار هذا كما قلنا في رخص السفر فانها
في الاصل شرعت للمشقة ثم لما كان ذلك يختلف

ضبطناه بسببها وهو السفر وقلنا الرخص تتعلق بالسفر
واعرضنا عن عين العلة ثم الرؤية عند الشافعي ليست
شرطا لعينها بل لان عدمها يؤدي الى غرر وجهل بصفات
المبيع المقصودة واذا ثبت ان الجهالات كلها لا تحتمل
في العقد والعلم حقيقة لا يشترط حتى يعفى عن بعض
الجهالات فلا بد للجهالة من ضابط فنقول الضابط
في الجهالات المانعة ان كل غرر يجتنب في مطرد الاعتياد
ليسهل تكلف ازالته اذا قارن العقد منع صحته
فنطرد ما ذكرناه من المسائل اما ابو حنيفة رحمه الله
فانه يقول الذي يقتضيه القياس الكلي والمعنى الواضح
الجلي في البياعات ان يعتمد على تراضيهما ومشيتهما
فيما يعقدان عليه فان الرضا هو الركن قال الله
تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم الا ان الشرع
قيد بعض التجارات بشروط وقيود فاتبعنا موارده
وبقينا فيما لم يقيده على الاسترسال واتباع قياس الرضا

وافضى ما يؤثر فيه عدم الرؤيه الجهل بالعقاب والجهل
بالصفات لا يجوز ان يقدح في اصل العقد لان صفة العين
تابعه للعين هي في حكم الفرع لها وما كان في حكم الفرع
لا يجوز ان يتمسك بفواته اصل العقد بل يجب ان يكون
الحكم على وفق السبب لا يزيد عليه فاذا جهل وصف المعقود
عليه سلبنا العقد وصفه وهو اللزوم واذا جهل
اصل المعقود عليه ابطلنا اصل الصحه وشبهوا
هذا بما لو اشترى عبدين فتلف احدهما قبل القبض
فانه يسقط بقسطه من الثمن ولو اشترى عبدا
فسقطت يده قبل القبض لا يسقط شي من الثمن لامكان
الوصف والتابع فلا يسقط لاجله ما يسقط بفوات
ما هو اصل فهذا الذي ذكروه باطل حكما ومعنى اما
حكما فبالسلم فانه لو اسلم اليه فيما لم يذكر صفته لا يصح
وكان الجهل بالصفات مؤثرا في ابطال اصل العقد لا في
صفته ولا يقال بان المعقود عليه الصفه لان الصفه

قول الواصف وقوله ليس معقودا عليه بل المعقود
عليه عين موصوفة يتعين في الحال وفي مسئلتنا المعقود
عليه ما يتعين في الحال واما معنى فلان الجهل بالصفه
يطرق الجهل باصل المعقود عليه ويورث النقصان فيه
وذلك ان المالية هي المعقود عليه فان ما لا مالية له
لا يصح العقد عليه وقوام المالية بالصفات من حيث
ان المالية يزيد بزيادتها وينقص بنقصانها وبفواتها
يسقط جزءا شائعا من المالية كالثلث والربع وليس
هذا تابع بل هو اصل اذ ليس جعل بعض المالية تابعا
لباقيه باولى من العكس فدل ان جهالة الصفات
تورث جهلا بالمعقود عليه مسئلة خيار المجلس يثبت
عندنا في عقود المعاوضات المحضه وقال
ابو حنيفه رحمه الله لا اصل لخيار المجلس والمسئلة
من جانبنا خبريه ومعتمد الشافعي فيها الاخبار الصحيحه
والنصوص الصحيحه ومعتمد ابي حنيفه فيها التمسك

بوضع البيع ومبناه فانه على اللزوم دون الجواز وفرقوا
هذا بان للعوض تاثيرا في لزوم العقود بدليل ان الهبه
قبل القبض غير لازمه وتلزم بالقبض وكذلك الطلاق
قالوا في مسئلتنا اولى لان العوض في المسئلتين دخيل
وهاهنا اصل ونحن نقول هذا باطل لان قول القايل
بعتك او ملكتك وقول المشتري اشتريت او تملكت
ليس الا على اللزوم قطعا ولا ينبئ عنه الصيغه وضعا
بل للبيع في نفسه قابل للجواز واللزوم جميعا فهما صفتان
له ويدل على ذلك يجوز ان يوصله الخيار باشتراطهما
ولولا انه يفيد الجواز باول وضعه لما قبل ذلك
باشتراطهما واذا ثبت انه قابل للجواز وجب انعقاده
جايزا الا ان البيع سبب زوال الملك فقد يتعقبه الندم
والشرع ناظر للعباد والندم تاثير في اقتضايه بدليل
الاقاله المحثوث عليها وخيار الشرط مسئله

خيار الشرط موروث وقال ابو حنيفه لا يورث
وصورته ان يشتري شيا بشرط الخيار ثم يموت قبل
تصرم المده وانقضايها فان وارثه يقوم مقامه في الفسخ
والامضا عندنا وقال ابو حنيفه الخيار باطل
والعقد لازم ومأخذ النظر فيها الحاق الشافعي
هذا الخيار بخيار الرد بالعيب بطريق الشبه وذلك
ان الاشباه المرعيه من القضايا الشرعيه ينقسم ثلثه
اقسام شبه من حيث الخلقه كجزا الصيد فانه يشبه
بمثله في الصوره وشبه من حيث الحكم كقول الشافعي
طهارتان فكيف تفترقان وشبه من حيث المقصود
وهذا الشبه هو اقوى الاشباه واعدلها واجراها
بالاعتبار واولاها وهاهنا قد استوى الخياران في
المقصود فان المقصود من كل واحد من الخيارين دفع
الظلامه واستدراك الغبينه والثابت بكل واحد
منهما حق الفسخ والامضا وابو حنيفه يقول الخيار

ليس حقا ثابتا بل حقيقة راي ورويه واختيار ومشيئة
ورايه صفته قايمة وقد فاتت بفواته بخلاف خيار
العيب فانه متعلق بالعين من حيث انه لا يثبت
الا لنقصان جزء من العين ونقصان قيمة العين لفوات
صفة ترجع الى العين بخلاف خيار الشرط فانه لا يثبت
لامر يرجع الى العين ولا يتعلق بها بل يفسخ لا لعوض
املا **ونحن نقول** هذا عدول عن وضايع الشرع
وحقايقه وذلك ان العقد صفة شرعية قد رتبناها
شرعا بدليل ان المسلمين مجمعون على ان العقد يفسخ
ويقدر باقيا حتى يرد الفسخ عليه والا فما كان يحتمل
فسخه فهذا الحكم يدل بقايه شرعا والصفات الشرعية
تتلقى من الاثار الشرعية لا من القضايا العقلية لانا
لو فتحنا باب العقليات وبنينا عليها الشرعيات لزمنا
ما لا قبل لنا به فان الفقها يقولون الحق في الذمة
ولو قال قايل ما الذمة اهي شي معقول طرف

له الحق ويودع فيه الدين **قلنا** لا اشتغال بهذا بل
الرد يرجع فيه الى الشرع **واما الذمة** عبارة عن التزام
شرعي فهي صفة شرعية اطلقناها وكذلك صفة
الحرية وصفة الرق ليس هو شي معقول كحل التخص
اما هذه الصفات عبارة عن احكام شرعية وكذلك
القول في المنافع لو فتشنا عنها لم يتحصل لها حصيله
ثم هي مقدرة باقية يرد العقد عليها وينتقل واستحالة ت
بهذا ابو حنيفة فانه يقول العقد يسري الى الولد حتى
ان الزوايد المنفصلة تمنع الرد بالعيب والرهن يسري
الى الولد حتى يكون الولد مرهونا فان قدر باقيا وتراه
فلم يقدر بقاه في حق الخيار حتى ينتقل الى الوارث
مسئلة الملك في زمن الخيار ينتقل الى المشتري بنفس
العقد على القول المنصور في الخلاف والقول الثاني انه
لا ينتقل ولنا قول ثالث انه يكون موقوفا فان تم العقد
بينهما تبينا انه انتقل وان لم يتم تبينا انه لم ينتقل وقا ك

وقال ابو حنيفة ان كان الخيار لهما او للبايع لا ينتقل
وان كان للمشتري وحده خرج المبيع من ملك البايع
ولا يدخل في ملك المشتري ومأخذ النظر فيها ان
حقيقة الخيار عندنا ملك الفسخ والبيع سبب منصوب
لنقل الملك بدليل ما لو خلا عن شرط الخيار والشرط
اذا دخل على السبب لا يخرجه عن كونه سببا عندنا
والايجاب والقبول سبب ناقل يخرجه عن كونه سببا
عندنا والايجاب والقبول سبب ناقل للملك وحقيقة
الخيار عندنا ملك الفسخ فلا يمنع اعمال السبب وقال
ابو حنيفة الشرط اذا دخل على السبب اخرجه عن كونه
سببا كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق فان الطلاق
لا يصير سببا للبينونة الا مع شرطه والخيار استبقا
ما كان له بالجهة الاصلية فاذا عقد استبقا الملك
لنفسه في الايام الثلثة فيتخير في هذا الحكم بين ان يثبت
وبين ان لا يثبت في الابتدا بين ان يوجد العقد وبين

وبين ان لا يثبت كما يتخير في الابتدا بين ان يوجد العقد
وبين ان لا يوجد وقد استقصينا تقريرا لماخذين في الطالب
ماخذ الحكم في تخريج الفروع على الاصول. مسايل الربا.

مسئلة علة تحريم الربا في الاشيا الاربعة المنصوص
عليها الطعم مع اتحاد الجنس عندنا فالجنسية محل التحريم
ربا الفضل وليست احد وصفي العلة وقال ابو
حنيفة رحمه الله العلة مركبة من وصفين وهما الكيل
والجنسية ومأخذ النظر فيها اختلاف العلما في حكم النص
الوارد في باب الربا وما رواه عبادة بن الصامت
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا البر بالبر
ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الا
سوا بسوا عينا بعين الى ان يوجد المخلص وهو التساوي
في المعيار الشرعي والتعليل بالطعم صالح لانه ينبي عن عزة
من حيث بقا الحيوان فصار كالبضع ولا يلزم علينا
اذا اختلفا جنسا لانه جاز للحاجة وفي الجيد مع الردي

وان وجد نوع حاجه لا كل الحاجه تندفع بهما والمطعومات
على اختلاف اجناسها اربعه اقوات وادام وفواكه
وادويه وفي الكل وجهان وجه كونه مطعوما وقوله تعالى
لمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فانه مني وقال
ابو حنيفة حكم النص ايجاب التماثل في الاموال الربويه
كيلا اووزنا وعللوا ذلك بان الكيل يحقق المماثله
صورة والجنس يحققها معنى فيظهر التفاوت بنفس
التقابل من حيث ان الاموال المنصوص عليها متساويه
قطعا ولهذا يضمن بالمثل جيدها ورديها سوا بالنص فاذا
تحققت التسويه كانت العله الجنس مع الكيل ونحن
نقول التعليل بالكيل متناقض فان ابا حنيفة قال العله في
التحريم هي الكيل والعله في الخلاص من التحريم هي الكيل
فكيف يكون لشي واحد عله للتحريم وعله الاباحه
وعله الطعم غير متناقضه فكانت اولى ثم يتفرع من فهم
حكم النص اصلان من كل واحد من الجانبين احدهما

ان الاصل عند الشافعي تحريم بيع اموال الربا بعضها
ببعض والاباحه عارضه عند وجود التساوي
في المعيار الشرعي والاصل عند ابي حنيفة اباحه
البيع في الاموال الربويه كما في ساير الاموال والتحريم عارض
عند وجود الفضل في الكيل والوزن الاصل الثاني
ان الاصل عند الشافعي تحريم كل فضل في اموال الربا لان
الربا هو الزياده ومنه الربوه وعندهم لا يحرم الفضل
الا في المعيار الشرعي مسله لا يصح بيع الحفنه من الطعام
بالحفنتين ولا بالحفنه عندنا وقال ابو حنيفة
رحمه الله يصح ذلك متفاضلا ومتساويا ومأخذ النظر
فيها اعتقاد الخصم ان العله في جريان الربا في البر كونه مكيلا
فيما لا يكال لا ربا فيه والحفنه مما لا يجري فيها الكيل
عادة فلا ربا فيه واعتقاد الشافعي ان العله هي الطعم
وهذا مطعوم وهكذا الخلاف في بيع جوزه بجوزتين
وبطيخه ببطيختين الى نظاير مسله في النقدين

جوهرية الاثمان عندنا ولا نقول الثمنية كما قال الجمهور
فان الربا يجري في الحلي وكل موضوع من الذهب والفضة
وليس ذلك بثمن وهذه علة قاصرة على النقدين وقال
ابو حنيفة رحمه الله العلة فيهما الوزن مع الجنس
فيتعدى التحريم الى كل موزون بيع بجنسه متفاضلا
او نسيا متساويا كالحديد والرصاص النحاس ومأخذ
النظر فيها ان الحكم في محل النص يثبت عند الشافعي
بالنص لا بالعلة المستنبطة من النص فجاز ان يكون العلة
منصوص على محل النص وعند ابي حنيفة رحمه الله يثبت
بالعلة لا بالنص هذه مسئلة اصولية وهو الكلام في اثبات
اصل العلة القاصرة وصحتها فنحن جعلنا المقصود علما
وقلنا المقصود من هذين الجوهرين الثمنية وهذا يشير
الى مناسبة فان الثمنية وصف شرف خصت ان
قوام المعاش وهو قيم الاشياء واهليه بهذا شرفا
وعلو قدر فجاز ان يكون علما على الحكم والخصم يقول

التعليل بالثمنية باطل فانها علة قاصرة والعلة القاصرة
باطلة ومعنى بطلانها انها لا تفيد حكما اصلا لا في
محل النص ولا في غير محل النص اما في محل النص فالحكم
ثابت بالنص لا بالعلة وفي غير محل النص لا يثبت حكما
اصلا فانها لا تتعدى فاذا لم تفد حكما اصلا كانت
باطلة والجواب عن هذا ان نقول يسعى ان
نفهم معنى قولنا الحكم في محل النص يثبت بالنص فان المعنى
به ان النص هو المعرف لثبوت الحكم وهذا لان معرفة
الحكم بالنص تسبق معرفة العلة فان بعد النص يقع البحث
والاستنباط للعلة والا فالحكم عند الله ثابت بالحكمة
والمناسبة فقلنا اصل ثبوت الحكم بالنص وهو مقطوع ع
به والعلة هي السبب الداعي الى اثباته والمصلحة التي
اقتضت شرعه فقد صار النص والعلة لهما فائدة ان
النص يثبت الحكم والعلة داعية الثبوت وصار
كما قلنا في القطع في السرقة فانه علم بنص الكتاب

ثبوته كما قلنا في القطع في السرقه فانه علم بنص الكتاب
ثبوته ثم قلنا الردع والزجر هو الحكمه الداعيه الى شرع هذا
الحكم وان الله علم بما حكم لهذه المصلحه وكذلك القول
في القصاص وغيره من الاحكام فنعدي تلك العله
الى غير محل النص ولولا هذا لانسد باب القياس بالكليه
فان القياس انما يتحقق بثبوت العله في المحل المنصوص
وتعديتها الى محل اخر ثم نقول لو كانت العله هي
الوزن وقد جرت في الحديد وساير الموزونات لكان
ينبغي ان لا يجوز اسلام الدراهم والدنانير في الحديد
وساير الموزونات لان الدراهم مع الحديد قد اجتمعا
في علة الوزن لان كل عينين جمعتهما عله واحده من علل
ربا الفضل لا يجوز اسلام احدهما في الاخر كالدراهم
مع الدنانير والحنطه مع الشعير وهذا مما لا خلاف فيه
مسئله الجنس بانفراده لا يحرم النسا عندنا
فيجوز اسلام ثوب في ثوب من جنسه وحنطه في حنطه

وحيوان في حيوان الى اجل قال ابو حنيفه
رحمه الله الجنس بانفراده يحرم النسا وماخذ النظر فيها
ان الجنسيه عند شرط او محل لتحريم ربا الفضل والطعم
هو العله والعله وحدها يجوز ان تكون عامله دون المحل
كالزنا بدون الاحصان اما الجنس فشرط محض فلا ينتقل
بتحريم النسا كسائر الشروط ومحل العله ما يكثر العله ويقوي — فيها
ويظهر اثرها فيه ولا يناسب الحكم مثاله ما ذكرناه من
الزنا مع الاحصان فان الزنا هو العله من حيث انه حرام
حدي بان يناط بها عقوبه والاحصان خلال جميله وسنا — فيث
وشيمه فلا يناسب العقوبه بل هو مكثر للعله ومعظم لها
فان الزنا اذا صدر ممن تكاملت عليه النعم كان جديرا
ان تغلظ عليه العقوبه كذلك في مسئلتنا فان قلنا الطعم
الذي هو المقصود والجنسيه تنبي عن الاتحاد في المقصود
فقد صار مكثرا للعله من هذا الوجه اما عندهم فالعله
ذات وصفين وهما الكيل والجنسيه ثم انهما واحد

الوصفين وهو الكيل انتقل تحريم ربا النسا في اسلام البر
في الشعير فقاسوا به الوصف الاخر وحرموا النسا في
المتجانسات وهذا يبطل عليهم بما اذا اسلم هرويا في مروي
فانهم جوزوا ذلك مع انهما جنس واحد وان اختلفا
في الصفة مسئلة التقابض شرط في بيع الطعام بالطعام
عندنا تساوى الجنس او اختلف وقال ابو
حنيفة رحمه الله لا يشترط التقابض في المجلس الا
في عقد الصرف فحسب وماخذ النظر فيها الاصل
الذي مهدناه في مسئلة علة الربا وهو ان الاصل في الاموال
الربوية تحريم بيع بعضها ببعض عند الشافعي والجواز
ثبت مستثنى عن قاعدة التحريم بشروط منها التقابض
المستفاد من قوله عليه السلم يدا بيد فانه صريح فيه ثم هو
منزل على العادة وهو التقابض في المجلس والاصل عند
ابي حنيفة اباحة البيع في الاموال الربوية كما في سائر الاموال
والتحريم يثبت عارضا عند وجود الفضل في الكيل والوزن

وزعم انه الافضل هاهنا لان المقبوض في مجلس العقد
كالمقبوض في غير المجلس وهذا فاسد لان الاعيان تراد
للانتفاع والمقبوض اقرب الى الانتفاع من غير المقبوض
ثم هو باطل بالصرف فان عندوا بان النقدين لا يتعينا ن
بالتعيين فيصير بيع الدين بالدين فيلزمهم ما اذا احضر
احدهما فانه لا يكون دينا بدين قالوا كيف يكون شرطا
لصحة العقد وهو متاخر عن العقد قلنا مجلس العقد حريم
للعقد فاخذ حكمه ويدل عليه ان عندكم لو باع بصبره مجهوله
او باع بما باع به فلان سلعته ان رفعت الجهالة في المجلس
صح العقد وان تاخرت بطلت مسئلة بيع الرطب بالتمر
لا يصح عندنا وفي بيع الرطب بالرطب وجهان وقال
ابو حنيفة يصح وقيل انه لم يسبقه احد الى القول
بهذه المسئلة فكانه خالف اجماع ما قبله وماخذ النظر
فيها بناء على الاصل الممهد ان التحريم الثابت بالحديث
انما يرتفع عند تحقق شرط الاباحة فمهما علمنا

الاباحه فيهما حكمنا انتفا الشرط او لم يعلم وجوده
حكمنا بالبطلان ولا فرق بين ما يفقد فيه الشرط لعدمه
وبين ما يفقد للامتناع من اجرائه مع تيسره وقال
ابو حنيفه يصح لتحقق المساواه في الكيل وهو باطل ببيع
الحنطه بالدقيق والسويق وبيع الحنطه المقليه بالحنطه
النيه او المقليه **مسئله** لا يصح بيع مد عجوه ودرهم
بمدي عجوه وقال ابو حنيفه يصح والمسئله مشكله
ولها صور احداها هذه وهو ان يبيع مد عجوه قيمته درهمان
ودرهمان بمدي عجوه قيمتهما درهمان والماخذ المشهور
من جانبنا قول الاصحاب مقتضى عقود المعاوضات عند
الشافعي رحمه الله توزيع اجزا احد العوضين على اجزا
العوض الاخر باعتبار القيمه فيقع العشره في مقابله
العشره والخمس في مقابله الخمس وذلك يفضي الى التفاضل
في الصور المفروضه نظايرها بيان ذلك هو ان القيمه المال
الذي مع الدراهم اذا كان درهمان فيصير مع الدرهم

الذي معه ثلثه دراهم فنقول للدرهم هو ثلث ما في هذا
الجانب فاذا وزعنا على الجانب الاخر قلنا هذا الثلث
يقابله من المدين ثلثهما وهو ثلثا مد فيبقى مد وثلث في
مقابله مدين فهذا محض الربا وعين التفاضل فيبطل
العقد ومستند الاصحاب في مصيرهم الى هذا التعسف
مسئله نص عليها الشافعي في المختصر فقال لو اشترى شقصا
وسيفا بالف قيمه الشقص الفان وقيمه السيف الف
ثم ان الشفيع اراد ان ياخذ بالشفعه فانه لا ياخذ الشقص
والسيف جميعا لان السيف لا يستحق بالشفعه اذ
هو من قبيل المنقولات وانما ياخذ الشقص فلا بد من
توزيع فيوزع قدر القيمه وقيمه الشقص ثلثا الف وقيمه
السيف الثلث الاخر فياخذ الشقص بقدر قيمته
ومعلوم ان الشفيع يبني ولا يبتدي فلولا ان عقد
المشتري يقتضي ذلك والا لما وزع وهذا الماخذ
مع اشتهاره بعيد عن المالوف بل الذي يقتضيه

وضع العقود والبياعات مقابلة الجملة بالجملة مع الابهام
والاشاعة من غير اقرار مقدار بتعيين ما يقابله على الخصوص
بل مقصود العاقد ان تكون الصفقة رابحة ولا يخرج خاسرا
ولذا لم يكن طلبه غبينة وحصل مقصوده وغرضه
من خروج صفقته رابحة فهو لا يبالي بعد ذلك بالتوزيع
ولا يلتفت اليها واما المسئلة التي ذكرها الشافعي لم يمكن التوزيع
فيها لانه مقتضى العقد وانما نشأ ذلك من ضرورة الحاجة
الى اخذ الشقص بالشفعة فهو سبب قد نشأ وحاجة
قد عرضت وصار هذا بمثابة جماعة ورثوا دارا فانها
تكون بينهم على سبيل الابهام والاشاعة فلو طلبوا القسمة
فقسمناها وحصل كل واحد بصفة او عرفة فانه لا يقول
قائل هذا مقتضى الموت لان الموت اقتضى دخول الدار
جملة في ملكهم وانما نشأ هذا من ضرورة القسمة كذلك
هذا وما يقدره ابو حنيفة رحمه الله من صرف الجنس
الى خلافه حتى يقابل كل بغير جنسه ليصح العقد

فحكم انما لا نقص لعقله ولا معنى لصيغته عنه واذا لم
يكن الى ما ذكره الاصحاب من اعتبار التوزيع سبيل لا ما ذكره
ابو حنيفة من مقابلة كل شيء بغير جنسه عليه تعويل فالماخذ
الصحيح ان نقول الشرع تعبدنا بالمماثلة في هذه المسئلة والجهل
بالمماثلة كعلم المفاضلة اذ لا فرق بين ان لا يتيقن امتثال الامر
وبين ان نعلم انا ما اتينا به شيئا والباب باب الربا وهو
مما يحتاط للخلاص منه وصار ثمنا به ما لو باع صبرة بصبرة جزافا
فانه لا يصح العقد وفاقا ولو خرجتا متساويتين لجهلنا
تماثلهما حالة العقد **مسئلة** بيع اللحم بالحيوان الماكول باطل
عند الشافعي وفي بيعه بغير الماكول قولان مشهوران
وقال ابو حنيفة رحمه الله يصح مطلقا وقال
محمد بن الحسن يصح بطريق الاعتبار على معنى ان يعد اللحم
في الشاة موزونا فان كان اللحم الخالص اكثر فيقابله بعض
اللحم وبعضه الاخر يقابل السقط حتى يحصل التساوي

فيصح وان كان مثله او اقل فلا واعلم انه لا سبيل الى قياس
البطلان في هذه المسئلة من قاعدة الربا على ما هو المشهور فان
الحيوان ليس بمال الربا بدليل انه يجوز بيع حيوان بحيوان فبيع
اللحم بالحيوان بيع مال الربا بما لا ربا فيه وانما البطلان على
سبيل الابتداء متلقى مما رواه مالك بن انس عن زيد بن
اسلم عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع اللحم بالحيوان ودلالة النهي على الفساد قررناه
في كتاب تخريج الفروع على الاصول والقياس مع ابي
حنيفة غير ان النص مقدم عليه **مسئلة** اذا اشترى
بعين من النقود تعين ملكا للبايع حتى لو خرج مستحقا
تبين بطلان العقد ولو تلف قبل القبض انفسخ العقد ولا
ولا يستقل المشتري بابداله كما لو تلفت السلعة خلافا لابي
حنيفة رحمه الله في الجميع ومأخذ النظر فيها ان العوض
والمعوض كل واحد منهما ركن مقصود بالعقد عند الشافعي
ومقتضى عقد المعاوضة التسوية بينهما وقال ابو

حنيفة ركن العقد والثمن حكم العقد ومعنى قولهم ركن العقد ان
وجود العقد بدونه لا يتصور لانه محل لاضافة الصيغة
اليه بخلاف الثمن فانه غير داخل في حقيقة العقد بل هو حكمه
وجوده بوجوبه في الذمة وهذا لان الثمن ليس عينا مقصودا
يقصد بالعقد اذ لا وجود له قبل العقد بل المقصود بالعقد
المبيع اما الثمن فوجوده بالعقد وهو تجدد اللزوم في الذمة
ليصير التمليك تمليكا ببدل ويصير بيعا وما يوجد بعد
العقد يكون حكما للعقد وتابعا له لا ركنا ولا محلا قالوا ولذلك
جاز البيع من المفلس بالف دينار وهو لا يملك حبة ولو
كانت الدراهم مقصودة لكان المفلس قد باع ما لا يقدر
على تسليمه وذلك لا يصح الا بطريق الرخصة في السلم ونحن لا
نسلم هذا الافتراق بين المثمن والثمن بل نقول الحادث بالعقد
ملك الثمن عليه وان ملك المثمن لا فرق بينهما الا ان المبيع
موجود محقق حسا والثمن مقدر شرعا والمقدر الشرعي
في محلية العقد وقبول حكمه كالمحقق الحسي بدليل السلم

فيه مسئله بيع العقار قبل القبض باطل عندنا
خلافا لابي حنيفة رحمه الله وماخذ النظر فيها
سهو مناط الحكم في بيع المنقول فعندنا الشافعي رحمه
الله ان مناط الامتناع هناك قصور السبب
وهو البيع العاري عن القبض لموكد الذي قد ينتهض
مقيدا للملك في غيره كالهبه والاصطياد ودليل
قصور الملك احتمال الانفساخ قبل القبض فانه تعرض
الارتداد والرجوع الى ملك البايع بما يعرض عليه
من الاوقات ويحدث من الحوادث فدل انه ملك
متزلزل ضعيف غير مستقر ومعتقد ابي حنيفة ان
الامتناع عن انفساخ البيع بهلاك السلعه وانقلاب
الملك الى البايع والانفساخ قبل القبض يوجب
رفع الملك من اصله فيتبين ان الرجل كان بايعا ملك
الغير وذلك معدوم في العقار فانه لا يتصور هلاكه
فقد امن انفساخ العقد فيه ونحن نقول هذا فاسد

من وجهين احدهما البحر فصرانا لا نسلم انه لا يتصور
هلاكه اذ من الجايز ان يركبه لجه او تكبسه الرمل
فيصير تلافا فان قالوا هذا نادر الا انه اذا تصور وقلا
يومن وقوعه الجواب الثاني ان هذا الذي
ذكرتموه امر نشا من قوه المبيع وانه لا يتصور هلاكه
وقوه الملك لا ينبغي ان يوخذ من قوه المبيع بل ينبغي
ان يوخذ من قوه البيع فان المبيع لا يختلف في القوه
والضعف وسرعه الفوت والحكم واحد فان الحديد اقوى
وابقى من الزجاج ثم لا يجوز بيع شي من ذلك قبل القبض
واذا ضبطناه بالبيع لم تختلف فقلنا كل مبيع لا يجوز
بيعه قبل قبضه وهذا اولى مسئله الزوايد المنفصله
من المبيع كالاولاد والثمار لا تمنع الرد بالعيب عند
الشافعي رحمه الله عليه بل يسلم للمشتري ويرد الاصل
سوا حصلت قبل القبض وبعده وقال ابو حنيفه
رحمه الله ان حصلت قبل القبض لا يمنع الرد بل ترد

مع الاصل ان حصلت بعد القبض ~~لا يمنع الرد بل ترد~~
منعت الرد وان رضي البايع به وتعين حقه في الارش ساعد
في المنافع والاكتساب ومأخذ النظر فيها ان الزوايد الحادثة
عندنا ليست بمبيعه ولا قابلها الثمن من حيث انها كانت
معدومه حاله العقد والمعدوم لا يتناوله العقد وانما استفادها
بملكه الذي استفاده بالعقد فجاز ان يمسكها ويرد الاصل وعندهم
ان الزوايد مبيعه من حيث ان العقد يقدر بقاوه واستمراره
واذا قدر بقاه فلا بد من محل ومحله المعقود عليه واذا
ثبت هذه الصفه للمعقود اليه سرت الى الولد وبطون
الاستيلاد فانه لما ثبت صفه للام سرى الى ولدها وصار
حكمه حكم الاصل واذا صارت مبيعه فقد قابلها الثمن فلا
يجوز ان يقبضها مجانا من غير عوض ويرد الاصل لانه
يجر الى معنى الربا لان الربا فضل لا يقابله عوض قالوا
ولهذا قلنا لا يجوز ان تراضيا على فسخ الاصل وبقي
الولد لان المنع لحق الله فلا يزول هنا بتراضيهما

ونحن نقول هنا فاسد لان الزوايد التي تناولها العقد
من غير مقابل لها الزياده الحاصله بعد العقد فلا يكون ربا
بدليل ما لو اشترى شيئا ثم ابراه من الثمن فانه طعن بالثمن
والمثمن جميعا ولا بعد ذلك ربا **مسئله** وطي الثيب
لا يمنع الرد بالعيب القديم عندنا وقال ابو حنيفة
يمنع الرد وللمسئله ماخذان احدهما ان منافع البضع
عند الشافعي مجراه على حقايقها وعندهم ملحقه بالاجزا
والاعيان واستيفاوها كنقصان جزو في يد المشتري
وذلك مانع من الرد وقرروها هنا بان الوطي عيب ونقصان
في محل الموطوء يقضي به العرف والشرع ولهذا وجب المهر
على الزوج جبرا له وهذا المعنى يبطل بالاتيان في غير الجاني
وبمجرد المضاجعه وبما اذا اشترى عبيدا وجرى ثم اطلع
على عيب به فرده فان فيه عار عليه ثم لا يمتنع الرد **الماخذ
الثاني** الرد بالعيب فسخ العقد من اصله ورفع له من اوله
فيستبدل بذلك ان الملك لم يكن للمشتري فاذا ردها مكانه

وطي في ملك الغير والوطي في ملك الغير لا يخلو من عقر
او عقوبة فان عليا وعمر رضي الله عنه قضيا بامتناع الرد
وزيد ابن ثابت وابن عمر صارا الى الرد مع العقر فالقول
بالرد يجانا يفضي الى وقوع الوطي في ملك الغير فالقول
بالرد ودلك زنا بخلاف الاستخدام فانه يجوز ان يوجد
في ملك الغير خاليا عن غرامة وعقوبة وانه يستباح
بالاباحة وهذا الماخذ الضعيف دوداً الوجهين احدهما
ان عند ابي حنيفة يجوز الفسخ بالتراضي بعد جريان
الوطي ولو كان المنع لكون الوطي جرى في ملك الغير
لامتنع الفسخ بكل حال كان راضيا او لم يتراضيا الا
ترى ان في الزوايد العينية لما كان المنع لحق الله تعالى
وهو اجزاءه الى قاعدة الربا حيث تمسك فضلا لا
مقابل له قلتم لا يجوز الفسخ لا بالتراضي ولا بغير
التراضي الثاني انه لو باع شقصا مشفوعا فان
الشفيع يستحقه فلو رد بالعيب لا يسقط حق الشفيع

مسألة اذا باع عبدا من رجلين فلاحدهما ان ينفرد
برد نصيبه بالعيب القديم في احد القولين والقول
الثاني ليس له ان ينفرد بالرد وهو مذهب ابي حنيفة
وماخذ النظر فيها ان الصفقة عندنا يتعدد بتعدد المشتري
كما يتعدد بتعدد البايع والتشقيص الحاصل عند رد
احد المشتريين نصيبه نشا من الايجاب لا من القبول
فانه لما قال بعت منكما فكانه قال بعتك وبعتك
وانما يختلف هذا باختلاف الاضافة ان اضيف
الى البايع قبل ذلك وان اضيف الى المشتري فلا
حصل لو كان يقدر زوالا من جهة البايع ثم يقدر
حصولا للمشتري بعده لكان المشتري قد تلقى الملك
لا من البايع وذلك محال فهو في ضرب المثال بمثابة
جوهر انتقل الى جهة فان اضيف الى المكان الذي
انتقل منه فلا زوال وان اضيف الى المكان الذي
ثبت فيه فلا حصول اذا كان الحصول هو الزوال

كان البايع هو الذي شقص بعض الاشكال الذي
لهم على هذا الماخذ قولهم الدليل على ان الايجاب متصل ان
القبول متحد فانه اذا قال بعت منكما لا يجوز
لاحدهما ان ينفرد بالقبول بل لا بد وان يقولا
قبلنا معا ونحن نمنع هذا الحكم على قول مخرج من نص الشافعي
فيما اذا قال لزوجتيه خالعتكما على الف فقالت احدهما
قبلت في خمسمايه فانه يصح وماخذ الخصم ان الصفقه
متحده من حيث ان المبيع خرج من ملك البايع جمله
واحده ويعود اليه مشقصا والتشقيص تبعيض ذلك
عيب يمنع الرد بالعيب القديم وهذا ينتقض عليهم
بما اذا كان المشتري مكيلا او موزونا فانه قال
لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالرد وان لم يعيب له التشقيص
مسئله الحاق الزياده بالثمن والمثمن بعد لزوم العقد
واستقراره لا يجوز وقال ابو حنيفه رحمه الله
يجوز الحاق الزياده بالثمن والمثمن والحط منه بكل

حال ما خلا النظر فيها ان الزياده الملحقه بعد لزوم
العقد لا مقابله لها عندنا لان كل عوض قد صار مستغرقا
لصاحبه فلم يبق لاستحقاق الزياده وجه وماخذ الخصم
ثلثه احدها ان قول المكلف لا يلغي مهما امكن
العمل به والتقدير له وهذه الزياده امكن ان يجعل لها
مقابلا على تقدير ان يجعل الزياده فسخا للعقد واعاده
فيدرج في اللفظ ذلك لضروره تحقيق المقابله كما
يقدر الانتقال في قوله اعتق عبدك عني على الف
وهنا ظاهر البطلان فان اللفظ انما يدرج فيه ما دلت
عليه الصيغه نطقا وقوله زدت والحقت يقتضي
تقرير الاصل وضم شي اليه لا ينبي عن الفسخ والاعاده
اصلا لا صريحا ولا تعريضا بخلاف قوله اعتق عبدك
عني فان قوله عني كنايه عن حصول الملك له والرضا
به حتى لو قال مطلقا اعتق عبدك لا يقع عنه
الماخذ الثاني قولهم ان الزياده لحقت العقد بطريق

الاستناد الى ابتدائه فكان العقد انعقد بالجميع واشتمل
على الكل والاستناد من معقول غير منكر بدليل انه لو
نصب شبكة في مدارج الصيود ثم مات وتعلقت
بها طيبة بعد وفاته فانها تحصل في ملكه حالا حتى يقضي
منها ديونه وتنفذ وصاياه كل ذلك بطريق الاستناد
كذلك هاهنا وهذا ايضا باطل فان الشفيع اذا اخذ
بالشفعة انما ياخذ بالثمن الاول لا ياخذ بالثمن الاول
والزيادة ولو استندت الزيادة الى الثمن الاول لكان
يجب ان ياخذ الشفيع بالجميع **الماخذ الثالث**
قولهم الحاق الزيادة تصرف في العقد بتغيير وصفه لا
بتغيير اصله ويعنون بذلك ان العقد على اوصاف
يقال صفقة رابحة وصفقة خاسرة وصفقة عادلة
فاذا الحقا زيادة بالثمن تغيرت الصفقة من صفة
الاعتدال الى صفقة الربح وشبهوا هذا بما اذا اشترى
شيئا فوجد به عيبا وقد حدث عنده عيب اخر

فانه ياخذ الارش عن العيب القديم وهو تغيير وصف
العقد فان العقد كان عادلا فصار رابحا وهذا الماخذ
ايضا فاسد لوجهين احدهما ان الصفة تابعة للاصل
واذا قلنا ان الزيادة لها رتبة الاوصاف فكان ينبغي
ان لا تصير اصلا وعندهم لو ضم الى العبد المبيع عبدا اخر
صح وصار اصلا حتى اذا تلف قبل القبض سقط بقسطه
من الثمن فقد صارت الزيادة اصلا ومن حقها ان يكون تبعا
وهذا بخلاف مسئلة الارش فان اخذ الارش في مقابلة حق
استحقه وهو صفة السلامة وهاهنا لا مقابل له على
ما بيناه **مسئلة** اذا باع الفضولي مال غيره او زوج ابنة
غيره فالعقد باطل عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله
ينعقد العقد ويقف نفوذه ولزومه على اجازة المالك
او الولي حتى قالوا لو وطي قبل الاجازة لا حد عليه وهكذا
الخلاف في سائر تصرفاته وماخذ النظر فيها ان الايجاب
والقبول لهما حكمان عند ابي حنيفة احدهما الانعقاد

وهو مقترن بهما ومعناه الانحطاط كاصل بن الخطاب والجواب
والثاني زوال الملك وهو حكم منفصل عن الانعقاد بدليل
الهبه والوصيه فان لها انعقاد بسبب حصل فيهما بالايجاب
والقبول والملك لا يحصل الا بعد القبض والموت وهذا
الانقسام باطل عند الشافعي فان الانعقاد لا يصلح ان يكون
حكما للعقد فان حكم الشي ما هو المقصود والمراد منه شرعا
والبيع لا يعقد لينعقد الشي ما هو المقصود والمراد منه
شرعا والبيع لا يعقد لينعقد وانما يعقد ليفيد بانعقاده
حكمه ولان نقدر بقا العقد الذي قد مضى مخالف للحقيقه
فلا يصار اليه الا لضروره وانما يقاف احد شقي العقد
على الاخر اعني تقدير بقا الايجاب الى حين اتصال القبول
به كان لحاجه وهذا بخلاف الهبه والوصيه فان تمام
السبب في الهبه بالقبض وفي الوصيه بالموت والقبول
مسئله البيع الفاسد لا يفيد الملك كان سوا
اتصل به القبض ولم يتصل وقال ابو حنيفه

رحمه الله يفيد الملك عند اتصال الملك بالقبض لكن ملكا
خبيثا وتفسير الخبيث عنه انه مستحق الازاله ولا يمكن
من الانتفاع به شرعا ويمكن من ازالته فان كان المبيع جاريه
يملك بيعها واعتاقها ولا يملك وطئها وان كان طعاما ملك بيعه
والتصدق به دون اكله وصوره المسئله ما اذا باع بخمر
او خنزير او ثمن مجهول وباع درهما بدرهمين الى نظايره
وما خذ النظر فيها ان الفاسد المنهي عنه لا يصلح طريقا
لافاده الملك عندنا لان الملك حكم شرعي فلا ينال
ولا ينال الا بسبب شرعي والبيع الفاسد محظور فيتح
فليس بشرعي ولهم ماخذان احدهما قولهم ان البيع
الفاسد مشروع باصله والذي يتطرق الى صفته
لا الى اصله لانه لم يمنع لكونه بيعا فلو ابطلنا اصله
لكان ينقلب الوصف اصلا وذلك لا يجوز لان الوصف
تابع وزايد ونحن نقول هذا فاسد لان الوصف اذا كان
مرتبطا بالاصل ومقيدا به لا يقال الاصل مطلوب والوصف

زايد وتابع بل هما شي واحد وبصير بمنزلة اللفظ مع الاستثنا
منه فانه لا يقال اللفظ مطلق والاستثنا زايد عليه بل
اول الكلام مرتبط باخره واخره مبني على اوله كما لو قال
انت طالق ثلاثا ينقطع اخر الكلام عن اوله كذلك الصفه

ثلاثا لاثنتين ظ
فانه يعود كلاما واحدا وبالاستثناء لاه

مع الموصوف شي واحد فاختلالها خلل بالاصل فان قالوا
الكتابه الفاسده لازمه على هذا فانها خارجه عن الشرع وقد
افادت حكم الصحيح قلنا الاحكام التي تثبت في الكتابه
الفاسده من احكام الصحيحه انما هي معلقه على صيغه التعليق
والتعليق صحيح لا فساد فيه فان قوله ان اديت الي خمرا
فانت حر كقوله ان دخلت الدار فانت حر فان زنيت
فانت طالق فهذه الاحكام كلها على صيغه التعليق حتى اذا
لم يوجد صيغه التعليق لا تثبت هذه الاحكام الماخذ
الثاني وهم ان الحكم يتبع السبب اذا كان مباحا افاد ملكا
حلالا طيبا واذا كان حراما افاد ملكا حراما وهذا باطل
بما قبل القبض فان الملك لا يحصل فيه ولا مستند له سوى

فساد العقد والقبض كذا الفساد ولا يقيد به فان قالوا
فقد راينا المحظور يفيد الملك كما لو وطي جاريه ابيه فعلقت
قلنا الملك مضاف الى العلوق وتمن تعلق الله لا خطر
فيه ونفس الملك الوطي لا يفيد الملك مسئله الكافر
اذا اشتري عبدا مسلما لا يصح شراوه على القول المنصور
في الخلاف وقال ابو حنيفه رحمه الله يصح شراوه
مفيدا للملك ثم يومر بازالته ويجبر عليه ولا خلاف بين
المسلمين انه لا يقر في يده بل يقطع عليه ملكه ولا خلاف
ايضا انه يملكه بالارث فان اسلم في يده ثم مات عقيب
ذلك فان العبد يدخل في ملك وارثه وما خذ النظر فيها
ان نفس ملك الكافر على المسلم اذلال له عندنا من حيث
ان الملك اقوى جهات الاحكامات وصفه المملوكيه
اعلى انواع الاستذلالات لتضمنها سلطنه وولايه على المحل
والخصم يدعي ان لا ذل في نفس الملك فانه مجرد نسبه شرعيه
وتبدل اضافه والا انما الاذلال من تباعه واثاره كالاستخدام

واستمتاع وذلك ممنوع منه وفاقا ونحن نقول هذا باطل
لان العجز والذل قضايا عرفيه ولا يحتج باتفاق اهل العرف على
عد الملك بمجرده ذلا وهوانا حتى ان من جرى عليه الرق الملك
يوما من الدهر يعير به وان صار ذا مال وخول وعبيد ولعل مستند
هذا الاتفاق ان الملك في الغالب مقرون بالاستخدام الذي
هو دليل القطع ومن قضايا الوهم الحكم على الشي بما يقارنه
غالبا وان خلا عنه على الندور مسئله بيع لبن الادميات
صحيح عندنا خلافا لابي حنيفه رحمه الله وكذا الخلاف في
وجوب الضمن باتلافه ولهم في لبن الاما منع وتسليم وماخذ
النظر فيها ان اللبن عندنا مال وبهذا قوبل بالمال في باب الاجاره
فانه لو استاجر ظئرا لترضع ولدا صح ودخل اللبن في المعاوضه
حتى لو انقطع لبنها ثبت له حق الفسخ والخصم يدعي انه ليس
بمال لكونه جزا من الادميه من حيث انه حاصل من الدم
الذي هو من اركان الجمله الا انه تبدل صفته والدم جزو
فكان اللبن جزوا ونحن لا نسلم بكونه من الدم بل نقول هو

هو فضله يتكون من الغذا او يستحيل في الوعا مسئله
بيع الكلب باطل عندنا سوا كان جاهلا او معلما ولا يضمن
بالاتلاف وقال ابو حنيفه رحمه الله يصح بيع
الكلب المعلم ويضمن بالاتلاف وماخذ النظر فيها
ان النجاسه في مورد البيع عندنا يمنع صحه البيع من حيث
ان نجاسه العين تقتضي التحذير والاجتناب ومقصود
البيع هو الانتفاع وذلك لا يتاتى الا بالاقتراب وبينهما
تضاد وتنافي وابو حنيفه يقول النجاسه انما تؤثر
فساد الصلوه اما البيع فيعتمد المناسبه وقوامها بالانتفاع ع
وهو جايز مطلقا وينتقض ذلك بالهبه والوصيه والاجا ح
والجواب ان الاصل تحريم الانتفاع بالنجاسات
والمستثنى رخصه والرخص لا يصح البيع كتناول الميته
ونظايرها وفي الهبه والاجاره منع والوصيه خلافه
وليست بتمليك ولهذا جرت في الخمر مع امتناع البيع
مسئله تصرفات الصبي لاغيه عندنا

سواء كان مميزا او لم يكن وسواء كان باذن الولي او لم
يكن وقال ابو حنيفة رحمه الله الصبي المميز
يصح منه عقود المعاوضات موقوفا على اجازة الولي
وان لم ينفذ ينفذ باجازة الولي حتى لو بلغ نفذت بتنفيذه
وارتد برده ومأخذنا النظر فيها ان الصبي ليس اهلا
للتصرف عندنا لنقصان عقله من حيث ان الله سبحانه
خلق الصبي في الاصل عديم العقل لا راي له ولا تدبير ولا
تصور ولا تمييز واجرى العادة وطرد السنة بان العقل
يدب في حقه شيا فشيا وينمي يسيرا يسيرا الى ان ينتهي
غايته ويبلغ نهايته واستاثر الله تعالى بالعلم بوقت كماله
وانما جعل لنا ضابطا نرجع اليه وعلما نهتدي به ونعرف
عنده كمال العقل وهو البلوغ فكان ما يوجد من العقل
قبل ضابط الشرع عندنا وهو بمنزلة المشقة قبل السفر
فانه لا يعتد به لوجوب الضابط فان العقول تختلف والارا
تتفاوت فرب صبي محنك ذي بصيرة ورب رجل بالغ

من الكبر غبيا وهو لا يعرف قبيله من دبيره وداب ما كان
في محل اللبس ان يضبطه الشرع بضابط لا يتغير وقد
جمع الشافعي هذه المعاني في عبارة وجيزة فقال غير مكلف
فلا يصح عبارته كالمجنون وابو حنيفة يدعي ان الايجاب
والقبول لهما حكمان احدهما الانعقاد والثاني النفوذ
ونحن لا نسلم انفصال النفوذ من الانعقاد كما تقرر في بيع
الفضولي مسالة اذا اختلف المتبايعان في قدر
الثمن او في قدر المبيع او جنسه او اصل الخيار او قدره
او اصل الاجل او قدره تحالفا وترادا الثمن او قيمة التالف
ولا فرق في ذلك بين ان تكون السلعة قايمة او تالفة
عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله ان كانت السلعة
قايمة تحالفا وان كانت هالكة لا يتحالفان وللمسالة ماخذان
احدهما ان كل واحد منهما مدعي من وجه ومدعى عليه من وجه
عندنا من حيث ان كل واحد منهما ادعى عقدا غير العقد
الذي ادعاه صاحبه فالبايع ادعى عقدا بالفين والمشتري

ينكره والمشتري ادعى عقدًا بالف والبائع ينكره والعقد بالفين
غير العقد الذي بالف بدليل ما لو شهد احد الشاهدين على
شري بالف والاخر على شري بالفين فلا يثبت العقد بشهادتهما
ولو كان واحدًا لثبت بشهادتهما فيما اتفقا عليه كما لو شهد احدهما
بالف للمدعي على خصمه والاخر بالفين فانه يثبت الالف لكونهما
اتفقا عليه وانفرد احدهما بزيادة وقال ابو حنيفة المدعي
هو البائع دون المشتري فان المشتري قد سلمت له العين
لكون البائع قد وافقه على نقل الملك وانما يدعي عليه زيادة
في الثمن ينكرها المشتري وحد المدعي انه كالذي ان سكت
سكت عنه اي اذا ترك دعواه خلي ورايه والمنكر من اذا
ترك الخصومة لا يترك والبائع هو الذي لو ترك الدعوى
لاخلي وسكوته ونحن نسلم ان المشتري لا يخلى ورايه لكن
فيما يدعيه وهو المقابلة بالالف فمن حيث انه مدع مخير
ومن حيث انه مدعا عليه مطالب باليمين كما في حال
قيام السلعة المأخذ الثاني قولهم المقصود بالتحالف الفسخ

والفسخ في الهالك يتعذر ولا يتصور فارتفع التحالف
لانتفاع ثمرته بارتفاع محله ونحن نمنع ذلك ونقول بل المقصود
من شرع التحالف تخويف الكاذب لعله يرجع الى الحق اما
فسخ العقد بعد التحالف لتعذر امضاء العقد بينهما لالا — مر
نشا من التحالف وذلك لانهما لو تركا على ما هما عليه
ثارت الخصومة والتنازع بينهما ابدًا فكان الفسخ لقطع
التناجز **مسائل السلم** مسئلة السلم
في المنقطع الجنس لدى العقد اذا علم وجوده عند المحل
قطعًا او غالبًا صحيح عندنا وقال ابو حنيفة رحمه
الله لا يصح السلم الا في موجود مستمر الوجود من حين
العقد الى محل التسليم وصورة المسئلة ما اذا اسلم في الرطب
مثلا قبل اوانه او في اوانه لكن موجلا الى السنة القابلة
وللمسئلة ماخذان احدهما البحث عن القدرة على
التسليم اذ لا خلاف في اشتراطهما لكن المعتبر عندنا
هو القدرة عند الاجل المشروط لانه وقت التزامه

لذلك ولا يطالب قبله والخصم يدعي ان للعقد اجلان
مشروط مشروع ومشروع غير مشروط وهو الموت
لان حلول الدين قد يكون بالموت والمطالبة عنده يتوجه
بحكم العقد فوجب ان يقدر على التسليم عند كل اجل وما
ذلك الا باستمرار الوجود من العقد الى المحل المشروط
وهذا فاسد لانا نقول بتقدير الموت لا مطالبة عليه ولا
على الوارث بل المستحق بالخيار ان شا فسخ وان شا صبر الى
المحل ولا ننكر ان الموت اجل للعقد شرعا لكن لا يلزم ان يعتبر
فيه ما يعتبر في الاجل المشروط دون المشروع الماخذ
الثاني بنا المسئلة على التسوية بين الثمن والمثمن فانهم يسلمون انه
لو باع بمكيل او موزون وكان منقطعا صح والسلم بيع المكيل
واي فرق بين بيع المكيل والبيع بالمكيل ومعتمدهم ما تخيلوا
من ان الثمن حكم العقد والعجز عن تسليمه لا يمنع البيع كثيرا
المفلس والعبد عن ثمنهما ولنا في الحكم منع وقد بينا في مسئلة
تعيين النقود ان الثمن والمثمن ركنان مسئلة السلم في

الدين الحال صحيح عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه الله
وماخذ النظر فيها ان الاجل في عقد السلم شرع رخصة
عندنا من حيث ان الذي يقتضيه قياس المعاوضات
ان لا يجوز اثبات عوض في الذمة حالا لان حقيقة المعاوضة
مقابلة مال بمال وما في الذمة ليس بمال حقيقة وانما هو وعد
محض والتزام مجرد والعوض معدوم غير ان ذلك احتمل
في الثمن في البيع المنبس للحاجة اليه من حيث ان كل احد
لا يجد نقدا حاضرا يشتري به فيلتزم في ذمته ليوفيه
وقت قدرته لان البيع المثمن الذي هو الاصل فبيعه
ممتنع في الذمة غير ان الشرع جوز ثبوته في الذمة في عقد
السلم رخصة على خلاف القياس حيث نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في الرخص في السلم على خلاف قياس
المعاوضات اذا تقرر هذا فنقول السلم اذا كان حالا كان
اشبه بتحقيق المعاوضة فانه تعقبه المطالبة في الحال
فيعينه فيقرب من قيان المعاوضة واذا اجل كان ابعد

من القياس بدرجتين احدهما انه في الذمه وذلك غرر
والثانيه انه يبعد المطالبه ويوخرها وذلك ايضا غرر وعن
هذا قال الشافعي رحمه الله اذا جاز السلم موجلا فلأن يجوز
وعن الغرر ابعد وابو حنيفه رحمه الله يزعم ان الاجل
في عقد السلم شرع لغرض لابد منه في العقد من حيث انه
عقد ارفاق شرع لحاجه المفاليس وحاله الدهاقنه فان
ايديهم تقصر عن النقود فيحتاجون الى ما يصرفونه في كري
الانهار وعماره القنوات وشري الثيران الى غير ذلك
واقدامه على السلم علم على الحاجه فانه لو كان قادرا على ما
قبل المسلم فيه الحال لما باعه باوكس الثمنين واخس الصفقتين
فلهذا المعنى قلنا لابد من التاجيل للتمهل والاضطراب
ليشتغل بالاكتساب في مده الاجل او بالاستجلاب عند
حصول الريع فيتيسر السلم عند حلول الاجل واذا ثبت
كونه موثرا في مصلحه التصرف ومقصوده كان جزوا من اجزائه
يقتضيه فلا ينافيه وهذا الذي ذكروه باطل فانه ينتقض

عليهم بالكتابه اذ ليس في عالم الله اعجز من العبد ولا افلس
منه فلم جوزوا الكتابه الحاله والعبد لا يقدر على شي وكذلك
المفلس المعسر الذي لا يقدر على شي فانه يشتري في ذمته
حالا وليس يتمكن منه **مسئله** السلم في الحيوان
صحيح عندنا خلافا له وماخذ النظر فيها ان الحيوان
مما يمكن ضبطه بالعقل بالصفات عندنا ولهذا يثبت
في الذمه في الصداق وابل الديه وغره الجنين والمعاملات
مبنيه على المسامحه والمساهله الا ترى ان من اشترى
عبدا وراه لم يحط بجميع اوصافه فان منها ما لا يكشفه
الا الزمن الطويل فكما يشترط رويته في البيع يشترط
وصفه في السلم لان التجارات عقود مراضاه ثم الواجب
تسليم الموصوف بالصفات في ادنى الدرجات والخصم
يزعم ان الحيوان مما لا يمكن ضبطه بالصفات لكثره اختلاف
فان بعد الاشتراك في الجنس والنوع والسن واللون
يتفاوت غالبا في صفات تختلف الماليه باختلافها

فلا يصح كما في الجواهر ونحن نقول هذا فاسد لان محل
الاستحقاق هو العدد الموصوف وما ليس بموصوف
ولا مذكور لا يكون مستحقا فان التفاوت فيما وراء القدر
الموصوف لا يوجب بطلان الضبط في القدر المذكور كما
في الثياب **مسايل الرهن** مسله رهن المشاع صحيح
عندنا خلافا له وصورته ان رهن نصف عبد او نصف
ثوب ولو وقع ذلك بين ان رهن من شريكه او من
اجنبي ماخذ النظر فيها الاختلاف في حكم الرهن
فحكمه عندنا تعلق الدين بالعين ليكون الحق مستيفا به من
ثمنها عند تعذر استيفايه من ذمه الراهن ومنع المالك
من التصرفات المزيله لملك الرقبه كالبيع والهبه تغليبا
للمعنى الشرعي على المعنى الحسي في اللفظ الداير بينهما وهذا
امر معقول ثابت في الديون فان كل دين علا وكمل وسامى
في القوه يقدم على الدين الذي هو دونه واضعف منه
ولهذا قال ابو حنيفه ان غرما الصحه يقدمون على غرما المرض

وحق الجاني لما تعلق بالعين قدم على غيره وكذلك الدين
اذا تعلق بالتركه قدم على غيره ولا يزاحمه الغرما وقال
ابو حنيفه رحمه الله حكم الرهن ملك اليد على سبيل الدوام
وهما عبارتان عن معنى واحد تمسكا بان الرهن في وضع اللسان
عباره عن الحبس قال الله تعالى كل نفس بما كسبت
اي محبوسه وقال الشاعر
فارقتك برهن لا فكاك له يوم الرحيل فامسى الرهن قد علقا
ثم يحملونه على الحبس الحسي وهو دوام اليد ونحن نحمله على الحبس
الشرعي وهو منع المالك من التصرف المزيل لملك الرقبه
كالبيع والهبه واذا تقرر ذلك فالمشاع قابل للذي ذكرناه
وعندهم غير قابل لتعذر دوام اليد والحبس على الشايع
مسله منافع الرهون لا تعطل على الراهن عندنا
بل للراهن الانتفاع به فيما لا يستهلك عينا او ماليه ولا يعرضه
للنقصان كلبس الثوب والوطي المعرض لنقصان الولاده
ثم ان امكن الجمع بين الانتفاع المذكور وبين يد المرتهن فهو

فهو المتعين ان يعدد ذلك بان كان المرتهن عبدا لا يحسن
الا الخدمة استرد من المرتهن نهارا مع الاشهاد ويرد
عليه ليلا وقال ابو حنيفة رحمه الله منافع المرهون
تعطل في مدة الرهن ومأخذ النظر ما اسلفناه في المسئلة
السالفة وهو تعلق الدين بالعين لا يفوت باستيفا المنافع
وعندهم يبطل لان حكمه ملك اليد على الدوام وتمكينه
من الانتفاع يفضي الى سد اليد مسئلة المرهون
امانة في يد المرتهن لا يسقط عند تلفه شي من الدين عندنا
خلافا لابي حنيفة رحمه الله فانه قال الرهن مضمون
بقدر الدين وزعم ان قبض الرهن قبض استيفا الدين لان
الماخوذ على جهة الشي يتنزل منزلة ذلك الشي بدليل يد السوم
فانه لما كان ماخوذا على جهة الشرا تنزل منزلة الشرا في الضمان
كذلك هاهنا القبض على جهة الاستيفا يتنزل منزلة حقيقة
الاستيفا في التضمين ثم المقبوض على حقيقة الاستيفا
مضمون كذلك المضمون على جهة الاستيفا قال والدليل

على ان المقبوض على حقيقة الاستيفا مضمون على المستوفي
ان الدين في الذمة لا طريق الى استيفائه حقيقة لان عين
والقبض لاقي العين والدين غير العين ولا يصير بقبض العين
مستوفيا للدين وانما طريق استيفائه ان يسلم من عليه الدين
الى من له الدين الدراهم او الدنانير التي كانت يطالب بها
فيصير مضمونة عليه فيستحق من عليه الدين دينا على من له الدين
في ذمته مثل ما ثبت له في ذمته فحينئذ يتقابل الدينان
فيتقاصان ويتساقطان فيحصل الاستيفا بهذا الطريق لا
قبض الدين حقيقة ونحن نقول هذه الدعاوي مبنية على اصلين
فاسدين احدهما دعواكم ان يد المرتهن يد ضمان والثاني دعواكم
ان الماخوذ على جهة الشي يتنزل منزلة ذلك الشي اما الاول
فباطل لانه من وجهين احدهما انا قد بينا ان الرهن لا يقتضي ثبوت
ملك اليد اصلا بل حكمه تعلق الدين بالعين في اليد وديعة
بدليل جواز التعديل الثاني ان سلمنا ان ملك اليد
ثابت لكن اليد المستحقة لا توجب الضمان لان الاستحقا ق

بنا في التضمين كما في الاجاره وفي العاريه يجب الضمان لان
اليد عدوانيه واما الثاني فباطل ايضا لان جهه الشي
دون حقيقته وما جعل ذريعه ووسيله الى مقصود
فاذا فات ذلك المقصود وجب ان يجعل عدما كانه لم
يوجد اصلا لانه لم يتحقق مقصوده فاما ان يجعل بمنزله
الحقيقه ولم يوجد فهذا في البايع فانه يسقط الثمن لانه
جعل هلاكه حيث لم يوجد المقصود كانه لم يوجد اصلا
واما ضمان يد السوم فالعله فيه ما ذكره الشافعي فان كل
ما قبضه لمنفعه نفسه من غير استحقاق ضمنه وهذه علتنا
في العواريض وفرقنا بين المستعار وبين العوض يجعل منفعه
الموضع عدمنه قبضه باستحقاق وكذلك المرتهن قبضه باستحقاق
فلا يضمن ثم وان سلمنا ان القبض على جهه الاستيفا بما هو
حقيقه الاستيفا لكن لا نسلم ان حقيقه استيفا الدين
يوجب الضمان على المستوفي في قولهم ان الدين في الذمه لا
طريق الى استيفايه حقيقه ممنوع وبيانه من وجهين

احدهما ان المعني بالدين في الذمه استحقاق عين من الاعيان
اي عين كانت فاذا اتى بما يتادى به فقد وفاه عن حقه
فلا حاجه الى تضمين المستوفي ثم اجرا المعاوضه بين ما
يلزمه وبين الدين ثم جميع ما اصلوه من القاعده منقوض
عليهم بما زاد على قدر الدين فانه مقبوض للاستيفا ايضا وفا لوا
هو امانه وكذلك ولد المرهونه مرهون عندهم وهو ايضا
مقبوض للاستيفا ثم لا يسقط شي من الدين بتلفه

مسئلة

اعتاق الراهن العبد المرهون لا ينفذ عندنا على القول
المنصور في الخلاف والقول الثاني انه ينفذ على الاطلاق
الاطلاق ولنا قول ثالث انه ان كان موسرا نفذ عتقه
وان كان معسرا لا ينفذ وهو اضعف الاقوال وقال
ابو حنيفه ينفذ عتقه بكل حال ومأخذ النظر فيها ما قدمناه
في المسايل السالفه وهو ان حكم الرهن عندنا تعلق الدين
بالعين حتى يصير المرتهن احق ببيعها واذا تعلق حقه بالعين
فالعتق يلاقي العين فيمنع وحكمه عندهم اثبات يد المرتهن

مع خلو العين من حق الغير وقد سبق تقرير الماخذين مسئلة
تخليل الخمر حرام والخل الحاصل منه نجس محرم عندنا وقال
ابو حنيفة رحمه الله هو مباح والخل الحاصل منه طاهر حلال
وللمسئله صورتان احدهما الخمر المحترمه وهو خمور
الخلالين التي طرحت لتكون خلا فهذه لا تجب اراقتها
ولا يجب عليهم فيها الثانية الخمور التي ليست محترمه
وهي خمور المواخير التي تتخذ لتكون خمرا فهذه يجب
اراقتها حسبه وكل الخمرين لا يجوز تخليلهما وان تخللت لا
تطهر وقال ابو حنيفة تخليل الخمر جايز بكل حال وزاد
فقال هو مندوب اليه محثوث عليه وقد بنى الشافعي رحمه الله
هذه المسئله على اصله في ازاله النجاسه لانه يرى ان الخل
اذا تنجس بملاقاه النجاسه صار نجسا مستمرا فلا يطهر الا بالما
ولهذا قال ان النجاسة اذا وقعت على الاجرام الصقيله
كالمراه والسيف فلا يطهر بالخل وما الورد وان كنا
نتحقق زوال النجاسه وبنى ابو حنيفة مذهبه على ان الحكم

٥٤

متى ثبت لعله زال بزوالها وهذا اصل كلي متفق عليه فزعم
ان الحكم كان ثابتا بالشده المطربه والشده قد زالت ونحن
نسلم لهم ان الحكم متى ثبت لعله زال بزوالها وهم يسلمون ايضا
ان العله اذا اخلفها عله اخرى فتضيت بقا الحكم ونحن نقول
هاهنا قد زالت الشده المطربه لكن خلفها نجاسه الملح الوا قع
في الخل والحكم المعلق بالشده قد ارتفع وزال فان ذلك الحكم
مخالف لهذا من حيث ان ذلك يوجب الحد بشربها ويكفر
مستحلها ويفسق شاربها وهذه الاحكام قد زالت باسرها
وانما اثبتنا احكام نجاسه الملح فان قالوا اذا زالت جميع الا حكام
فينبغي ان تزول النجاسه ايضا قلنا هذا الان جمع في محل فرق
صاحب الشرع فانه قال في الدباغ هلا اخذوا اهابها
فدبغوه فانتفعوا به وفي تخليل الخمر نهى عنه وزجر وامر بارا قتها
فظهر الفرق بينهما مسئلة مذهب الشافعي رحمه
الله ان افلاس المشتري بالثمن يوجب للبايع الخيار اذا وجد
عين ماله بحاله ان شا اخذه ورجع فيه وان شا كان اسوه الغرما

وقال ابو حنيفة رحمه الله ليس له الرجوع بل هو اسوة
الغرما بكل حال ومأخذ النظر فيها ان الثمن الثابت في الذمة
يتصور العجز عنه عندنا وعندهم لا يتصور العجز وانما يكون
وانما يكون العجز عن عوضه لان ما في الذمة دين والدين لا
يقضى عيانها انما تقضى بامثالها هذا كلام ابي زيد وقرروا
هذا من وجهين احدهما ان معنى وجوب الدين في الذمة
ربط الاستحقاق بمعلوم موصوف يؤدي الاعيان المشتملة
على ان المعلوم المستحق سوا وجدت في ملكه في الحال او فقدت
وذلك المستحق في الذمة يستحيل العجز عن تسليمه وانما
يعجز عن تسليم عين والثمن هو الدين لا العين والدين لا يمكن قضا
عينه اصلا وانما يتصور قضاوه بان يحصل ما يستوفيه مضمونا
عليه فيحصل دينا في ذمته فيتقاصان قالوا ولا يمكن تفسير
الدين في الذمة باستحقاق عشر من العشرات المملوكة له على
الابهام لامرين احدهما انه يلزم ان لا يصح البيع من
المفلس الثاني انه لا يملك الاداء من عشرة بتسليط الملك

فيها بعد الشرا فانه ابدال حق المستحق بدون رضاه الوجه
الثاني في تقرير الماخذ قولهم ان الحرية مظنة الاكتساب والاستقراض
والاتهاب فان طرق الملك متعددة والمال غاد ورائح فكانت
الحرية والالتزام سببا ظاهرا على القدرة على التسليم فلا يتصور
عجزه عما يؤدي به الثابت في ذمته ونحن نقول هذا الذي ذكروه
فاسد من وجهين احدهما اتفاقنا على ان تعذر المسلم
فيه والعجز عنه يثبت خيار الفسخ لرب المال مع كونه دينا
في الذمة الثاني انا لم نوجب الخيار للعجز عن عوض وعين بل
العجز عن الجنس المعلوم في الاذهان الذي هو محل العقد
والجنس لا يختص بعين من الاعيان فمتى عجز عن جنس الدين
فقد عجز عن المعقود عليه وهذا السر كذلك ان البايع لم يرض
بتسليم حقه حرا الا ليسلم له العوض والمقصود من الدين
في الذمة القبض في الحال وقد عجز عنه ومتى حصل العجز
عن مقصود العقد ثبت له الخيار وقولهم في الوجه الثاني
ان الحرية مقصود العقد مظنة الاكتساب قلنا الحر ثابتة

في الحال والاكتساب بالجهات المذكورة امر موهوم
فلا يعارضه ولخصمه دليل تصور الهلاك لا دليل وقوعه
مسألة المحال عليه اذا مات مفلسا او جحد وحلف
لم يرجع المحتال على المحيل وقال ابو حنيفة رحمه
الله له الرجوع وسلم انه لا يرجع بالافلاس حال الحيوة
ومأخذ النظر فيها البحث عن حقيقة الحوالة وجهة
براءة ذمة المحيل بعد الاتفاق على حصول اصل البراءة
فعندنا هي براءة نقل وتحويل لا ابراء اعتياض ضمني يصير الدين
في حكم المستوفي وفي دليل البراءة سقوط المطالبة لا الى
غاية واشعار الصيغة بها فانها مشتقة من التحويل وهو
النقل من مكان الى مكان وعندهم هي براءة اعتياض على
معنى ان الذمة الاولى عوض عن الذمة الثانية فاذا لم
يسلم له العوض عاد الى المعوض كالمبيع اذا تلف قبل قبضه
وهذا وهم فاسد لان الحوالة لو كانت معاوضة لكانت
تعكر على الاصل بالبطلان لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى

عن بيع الكالي بالكالي وفيما ذكروه تجويز بيع الدين بالدين
ولانها لو كانت معاوضة لصحت بلفظ المعاوضة ولصحت
ايضا مع اختلاف الجنس وتفاوت القدر **مسألة**
ضمان دين الميت المفلس صحيح عندنا وقال ابو حنيفة
لا يصح وللمسألة ماخذان احدهما ان الموت لا يسقط
الدين عندنا ودليله حكمان قاطعان احدهما اتفاقنا على
بقائه فيما اذا ضمن عنه الدين ضامن في حال حيوته ثم مات
مفلسا فانهم اجمعوا على بقاء الدين على الضامن وهو فرع
على الميت ولو بري الاصيل لبري الكفيل كما لو ضمن مهر
امراة فارتدت فانه يسقط الضمان عن الزوج ويبرى
الكفيل الحكم الثاني اذا مات وله تركة فانهم وافقوا
على صحة الضمان ومن ضرورة ذلك بقاء الدين في ذمة
الميت لان حقيقة الضمان عندنا ضم ذمة الى ذمة توثقا
وعندكم توجه المطالبة على الضامن بالدين الذي على الاصيل
وعلى التقديرين جميعا لابد من بقاء الدين على الاصيل ليتصور

حقيقة الضمان اذ لو برى للاصيل لما صح ضمان الكفيل ولا
باس لهم في هذه الصوره ونقول الدين باق في الذمه او في التركه
فان قالوا في التركه فباطل فان الاعيان لا يقبل الديون
وان قالوا في الذمه فالذمه قد خربت بزعمهم فلما صح الضمان
عند وجود المال دل على ان الذمه باقيه وقال ابو حنيفه
رحمه الله الدين يسقط بالموت وعمدتهم في ذلك ان قالوا
الدين ليس مالا محققا ولا امرا ما لا الا ان الشرع حكم
بصحته وامرنا الوفا به فكان حاصله راجعا الى وجوب
تسليم اعيان ومع الموت لا وجوب وهذا الذي ذكروه
باطل بما ذكرناه من الحكمين قالوا ويدل على سقوطه حلول
الحق مع ان الاجل لا يقبل الافراد بالاسقاط فسقوطه
يدل على سقوط الدين قلنا حلول الحق انما مسارعه الى قضا
دين الميت تبريه لذمته وتبريدا لجلده على النار فانه مرتهن
في قبره بدينه على ما نطق به الحديث الماخذ الثالث
ان حكم الضمان عندنا التزام اصل الدين وحكمه عندهم

التزام المطالبه بالدين فحسب لان المطالبه كانت متوجهة
على المديون باداما عليه والضامن التزم تلك المطالبه
والمطالبه مستحيله هاهنا لفوات محلها وهذا باطل بالدين
المؤجل فان الضمان يصح به في الحال مع انتفا المطالبه ثم هو
باطل بما ذكرناه من الاحكام مسئلة الصلح على الانكار
باطل عندنا صحيح عندهم وللمسئله صور منها ما اذا ادعى
عينا او دينا فانكر المدعى عليه ثم قال صالحني عن دعواك
الباطله فالصلح في الصورتين باطل عندنا صحيح عندهم
وللمسئله ماخذان احدهما ان الشي المدعى لا يثبت بمجرد الدعوى
عندنا لانها محتمله للصدق والكذب ولا مزيه لاحد الاحتمالين
على الاخر وعندهم يثبت بالاضافة الى المدعي بمجرد الدعوي
بنا على ان الصدق مدعوا اليه من حيث انه حسن لعينه
وقرروا هذا بان الدعوي خبر والاصل في الخبر الصدق
لانه محثوث عليه والكذب مزجور عنه قالوا ومقتضى
هذا الاصل ثبوت المدعى في حق المدعي بمجرد الدعوي

غير ان الدعوى اذا عارضها الانكار منع ثبوت المدعى
في حق المدعى عليه فقلنا يثبت المدعى في حقه ولا يثبت
في حق المدعى عليه فان الدعوى والانكار تبعا رضا فاعتبرت
البينه للترجيح لا للتصديق ونحن نقول هذا باطل فانه مصادم
لنص قوله صلى الله عليه وسلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعا
بعضهم دما بعض وقولهم ان الصدق مدعو اليه لعينه
قلنا لا نسلم ان شاملهم في دعواه للشي لنفسه الماخذ الثاني
زعموا ان هذا الصلح امكن اعتباره من جانب المدعى معاوضه
ومن جانب المدعى عليه افتدا اما اعتباره من جانب
المدعى فبان يملكه في مقابله اسقاط الملك فيما ادعاه
وفي حق المدعى عليه بطريق الافتدا لدفع الشر عن نفسه
لان المدعي ينازعه ويرافعه الى القاضي ويقطع عليه اشغاله
وذلك اضراره ويجوز للانسان بذل المال لدفع الاذي
عن نفسه ولهذا لو طمع السلطان في مال يتيم جاز للوصي
ان يصالح على شطر ماله دفعا للضرر والتصرف الواحد

يجوز ان يكون مشروعا بجهتين مشروعتين كما لو شهد بحريه
عبد ثم اشتراه فانه من جانب البايع معاوضه ومن جانب
المشتري فدا وتخليص له عن قيد الرق ونحن نقول هذا
باطل فان الحكم في حق كل واحد من المتعاقدين لا يثبت
بما صدر منه وحده بل يرتبط احد الكلامين بالاخر
فيصير كلاما واحدا في اعتبار الحكم في حق السبب الوا حد
لا يفيد الحكم الا من جهة واحده فالبيع المنعقد من
الايجاب والقبول سبب يفيد نقل الملك والنقل
قضيه واحده ينبني والا في حق البايع وهو لا
في حق المشتري كنقل الجوهر من حيز الى حيز فانه زوال
عن الحيز المنتقل عنه حصول في الحيز المنتقل اليه اما
اعتبار حكم الهبه في البيع او العكس فذلك غير معقول
في نفسه واما شرى العبد المشهود بحريته فنقول هو
بيع من الجانبين فان المشتري لما قال اشتريت فقد اعتر ف
بملك البايع فيه فيصح البيع بنا على اتفاقهما غير انه اذا

اذا حصل في يده ما اخذ بسابق اقراره

مسايل الوكاله

مسألة الوكيل بالبيع مطلقا لا يبيع بالغبن الفاحش ولا بالعرض
ولا بالنسيه عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله تعالى يبيع
بما عز وهان وباي ثمن كان وماخذ النظر فيها ان البيع في
هذه الصور لم يتمحض بيعا عندنا بل اشتمل على تبرع وهبه
من حيث ان الصيغه وان كانت مطلقه عامه عدانها
مقيده بالعرف والعاده مخصصه بقراين الاحوال المطرده
فان العاده ان الانسان لا يرضى ان يبيع ماله الا بمثله
وان لا يتبرع بشي الا ان يحصل على مثله فكانت هذه
القرينه العرفيه مخصصه للعرف وعندهم تمحض بيعا
وعمدتهم في ذلك ان الصيغه عامه والبيع بالغبن الفاحش
ينطلق عليه اسم البيع فقد دخل تحت عموم الصيغه
وينزل منزله عمومات صاحب الشرع فانها اذا
وردت مطلقه حملت على عمومها ونحن نقول هذا فاسد
فان اللفظ العام يتخصص بالادله ويتقيد بالقيود ولفظ

الموكل وان اطلقه وعممه الا انه مقيد بالعرف والعاده
والعاده تخصص بقراين الاحوال على ما بيناه ويشهد
لتاثير القراين مسايل منها انه لو وكله الشتا ان يشتري
له فحما او جبه فلم يشتري له حتى هجم الصيف لم يصح
الشرا وانعزل الوكيل ولو وكله في شري جمد في الصيف
فتراخى الامر حتى جا الشتا لم يصح الشرا

مسله

التوكيل بالخصومه من غير رضى الخصم صحيح في حق المدعي
والمدعى عليه ويلزم الخصم الجواب واتفقنا على جوازه
في حق المريض والهام بالسفر والمراه المخدره وعلى جواز
التوكيل في الايفا والاستيفا بدون رضى المستوفي والمستوفى
منه وماخذ النظر ان امتناع المدعي والمدعى عليه من
التوكيل عليه بحث محض عندنا من حيث ان المقصود
معرفه حال من انكار او اقرار لياخذ او يقيم بينه ولا
فرق بين جواز وجواب فيجب تعريف الحال ولبس الحق
عن الجواب بل معرفه الحال والجواب طريق ذلك ووسيله

الى استيفاء الحق واذا لم يكن حقا مقصودا جاز ان
يستنيب فيه من غير رضى خصمه ويستبد له لما ذكرناه
من الاحكام ولان الدعوى محض حق المدعي بدليل انه لو
ترك الدعوى يخلى وسكوته ويتخير بين ان يدعي وبين ان لا يدعي
فكان له التوكيل ولم يتوقف على رضى خصمه ولابي حنيفه
رحمه الله ان الناس يتفاوتون في الخصومه فربما وكل
هذا المدعي رجلا متشدقا مستعدا الد في الخصام
قادرا على توصيف انواع الكلام حتى يترقى الى المقصود
والمرام ومعه من الحيل والدهاء ما يتوصل به الى تصوير
الباطل بصورة الحق وربما كان المدعى عليه فدما بليدا
لا يقدر على التعبير عما في الضمير ولا يمكنه اظهار الحق وان
كان جليا فضلا عن الباطل ـــــ واذا كان الامر
في الخصام يتفاوت هذا التفاوت فالتوكيل في الخصام
من غير رضى خصمه يفضي الى ابطال حق احدهما والى
هذا اشار صاحب الشريعه حيث قال انكم تختصمون

الي ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشيء من
مال اخيه فلا ياخذنه انما اقطع له اسطاما من النار
انا اقضي بالظاهر والله يتولى السرائر والجواب
عن هذا ان فعل هذا الذي قررتموه يتصور في حق الاصل
وهو المدعي والمدعى عليه فانه ربما يكون المدعي الذي [الخصام]
واقدر على الحجاج والكلام والتعبير عما في الضمير
والمدعى عليه فدما عاجزا لا يقدر على اظهار الحق مع
وضوحه وجلائه ثم لو جاء الى الحاكم وقال هذا خصمي لا
اقدر على مجاراته ومخاصمته فوكل من يساويه فان
الحاكم لا يلتفت اليه ويقول خصمك في مقابلتك
بكل حال والشرع لا ينظر الى هذا المعنى على الاطلاق
وانما يرجع الى ضوابطه وحدوده واذا كان ما يوجد
في حق النايب يوجد في حق الاصل لم يكن لما ذكره
اثر **مسئلة** الوكيل بالخصومه اذا اقر على موكله
لا يقبل اقراره عليه عندنا وقال ـــــ ابو حنيفه

يقبل اقراره عليه في مجلس القضاء ولا يقبل في غيره ومأخذ
النظر فيها ان العمل بحقيقة هذه اللفظة وهي قوله وكلتك
في الخصومة ممكن عندنا من حيث ان يعني ظاهر لفظ الخصومة
للانكار فيحمل عليه اما الاقرار فمسوا عنه ومنازعة
والاقرار انقياد واستسلام وتصديق لما يدعيه الخصم
وذهبت الحنفية الى ان العمل بحقيقة قوله وكلتك
في الخصومة غير ممكن وانما يعمل بها على طريق المجاز من
حيث ان الموكل اطلق لفظ الخصومة وهو لا يملك الخصومة
على الاطلاق وانما يملك الخصومة على تقدير كون الخصم
مبطلا في دعواه فيدافعه اما اذا كان محقا في دعواه
فلا يحل له الخصومة واذا لم يملك الخصومة على الاطلاق
استحال التوكيل فيما لا يملكه شرعا وقد صح التوكيل بالاجماع
فيلزم ان يكون التوكيل بمطلق الجواب وتصح العبارة بالخصومة
عن الجواب لان الخصومة سبب الجواب والتعبير
بالسبب عن المسبب مجاز شائع في وضع اللسان

كقولهم نزل السماء والجواب عن هذا ان نقول لو لم
يملك الخصومة لما جاز ان يوكل بالخصومة مطلقا
ويستثني الاقرار واذا جاز ذلك فقد فهمنا من مطلقه
نقيض الاقرار والاصل انه في انكاره صادق وهو
مالك له وقد وكله في الخصومة فليقتصر على حقيقته
فاي ضرورة في العدول الى مجازه وقولهم ربما يكون
كاذبا باطلا وربما يكون صادقا وكلاهما لا يملكه
وقد ملكتم وكيله كليهما قلنا فكان ينبغي ان يقال الجواب
احدهما لا بعينه ولا بعينه فيبطل توكيله اما التعميم
فلا وجه له مسئلة اذا اقر بدين في حال الصحة
ثم اقر بدين في حال المرض الذي توفي فيه لا يقدم دين
الصحة على دين المرض لم يكن فيه رهن بل يوزع المال
بينهما على قدر دينيهما عندنا خلافا لابي حنيفة
رحمه الله وساعدونا في الدينين الثابتين بالبينة
والدينين المقر بهما في المرض والصحة اذا ثبتا وبا

وماخذ النظر ان ديون غرما الصحة لم تتعلق بماله عندنا
بدليل انه لو صرف جميعه في شهواته وملاذ نفسه
ومآربه واوطاره ولو اشترى بجميع ماله جارية
وتسرى بها واستولدها لم يعترض عليه وكذا لو صرفه
في مهور النسوان والنفقة فيه ان الاقرار لا يصادف
المال وانما يصادف الذمة ولهذا لو ظهر مال آخر
جاز اداء الدين منه والذمة متسعة الحقوق الكثيرة
والدلالة القاطعة على ذلك استواؤهما على الوجوب
وانعقاد الاجماع على ان غريم الصحة لو اراد صرف
المال الى غرما المرض او فضل من دينه صرف الفاضل
اليهم وللخصم ماخذان احدهما ان المريض محجور عليه
في حق الغرما لحقهم فلا يقبل اقراره بما ينقص كمن رهن
ما لا ثم اقر به لغيره وقد ردوا هذا بان التعلق ثابت
عند الموت اعني في اوايل الصحة وهو مستند الى اول
المرض لان المرض سبب للموت عندنا بلوغ الضعف

نهايته بحكم اجرا الله تعالى العادة وكل حكم تعلق بسبب
فانه يستند الى اول ذلك السبب كما اذا قال لزوجته
انت طالق قبل موتي بشهر فان الشهر الموصوف بما قبل
الموت هو الذي يقع فيه الطلاق مستندا اليه وكذا
ناصب الشبكة اذا تعلق بها صيدا بعد موته فانه
يستند الملك فيه الى اول وجود السبب حتى تقضى
منه ديونه وينفذ وصاياه ويدل على تعلق حق الغرما
به امتناع التبرعات عليه حتى لو تبرع عنه واخذ لا
ينفذ وهذا بخلاف الاقرار في مرض الموت فانه لا يمكن
استناده الى اول جزء من اجزا المرض لانه يلزم ان نا
الحكم على هذا الماخذ فاسد من وجهين احدهما ان الموت
عندكم شرط لتعلق الحق بماله وتقديم المشروط على الشرط
محال الثاني ان حق الغرما لو تعلق بعين ماله لما ان ينبغي
اذا ثبت الدين في حالة المرض بسببه او باتلاف شي
معين ان لا يزاحم الاقرار في حال الصحة لان العين

استشعر فيما الحق الأول ألا ترى أن المرهون لما تعلق حق
لعينه لو أتلف الراهن على إنسان شيئا لا يتعلق حق المتلف
عليه به وبهذا يندفع ما ذكروه من دعوى الاستشهاد ثم
جميع ما ذكروه ينتقض بنفوذ تصرفاته في ماله حسب
إنسان واختياره على ما بيناه وأما امتناع التبرعات
الفاضلة عن الحاجات إنما كان تقديما للأهم على المهم
وهو حاجته إلى تبرئة ذمته وتخليص رقبته وذلك
لا بد على تعلق الحق لسان مطلقا المأخذ الثاني
قولهم إن إقرار الصحة بعيد عن التهمة وإقرار المرض معرض
للتهمة من حيث إنه في حال الصحة متمكن من المواساة
والمحابات والتبرعات من غير جهة ولا منع فلما أوقعها
أنه محق صادق فيما حمله على ذلك إلا الخروج من حق توجه
له عليه أما في حال المرض فليس قادرا على التبرعات فلا
نأمن أن يكون قد قصد التبرع ولا يتمكن من الإتيان به
فأقر بحق ليس عليه فقدمنا إقرار الصحة عليه لهذه التهمة

قالوا ولهذا قلنا إن إقرار المريض للوارث لا يصح والجواب
عن هذا أن نقول هذا الذي ذكروه باطل بالعكس أولى
فإن الصحيح هو الذي يتطرق إليه التهمة لأن آماله
مبسوطة فيقول في هذا الآن أعوض الآخر أما المريض
فقد قرب قدومه على ربه وانطوى بساط عمره وانقطعت
آماله من الدنيا فحاله حال توبة وإنابة فإنها حالة يصدق
فيها الفاجر ويؤمن بها الكافر فكيف يتهم فيها بالظلم
والعدوان

مسألة

العارية مضمونة عندنا
إلا ما يتلف في الأجزاء بالاستعمال والمذهب أنها تضمن
بقيمتها يوم التلف ولنا وجه أنها تضمن بقيمتها أكثر ما
كانت من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب
وليس بشيء وقال أبو حنيفة رحمه الله العارية أمانة
فإن تلفت في يد المستعير فلا ضمان عليه ومأخذ النظر
أن أثر الإذن يظهر عندنا في المنافع دون العين فبقي
العين طالبه عن الإذن فإن قالوا وهو مأخذهم قبض المنافع

لا ينا فى الا بقبض العين وكانت العين مادونا فى قبضها
قلنا قبض العين غير مقصود وانما هو من امور الضروره
فان قبض المنافع من جبلات الفطره وذلك لا يدخل
تحت الامر مثاله فى الاصول الامر باستيعاب اليوم
بالصوم فان الاستيعاب على اليقين غير متاتى الا باخذ
جزو من الليل وذلك من ضرورة الفطره ولوازم الجبله
فلم يكن داخلًا فى الامر ولا مقصودًا بالخطاب ولا يفسد
صوم جزو من الليل بحال وهذا بخلاف الطهاره مع الصلوة
فان الطهاره مقصوده للامر بجعله اياها شرطا فيكون
داخله تحت الامر فان قالوا هذا ينتقض بالمستاجر
والموصى بخدمته فان الاذن يتناول المنفعه دون العين
ومع ذلك لا يكون معقبا للضمان قلنا القبض هناك
مستحق الاستحقاق ثابت فى الضمان اما هاهنا فقد قبض
مال الغير لمنفعة نفسه من غير استحقاق وتحقيق القول
فى هذا انا وجدنا الضمان فى الشريعه ينقسم الى قسمين

لا ثالث لهما وهو ضمان الجبر وضمان العقد فضمان
الجبر يعتمد التفويت وضمان العقد يعتمد المشارطه
وقد شبهت هذه المسله بكل واحد من هذين الاصلين
فمن قال هذا شبيه بضمان الجبر قال وقع الاتفاق على
ان الغاصب يلزمه الضمان فبحثنا عن معناه فقلنا
المعنى فيه انه قبضه لغرض نفسه ومنفعته بغير استحقاق
بجنس هذه العله من الغاصب والمستام والمستعير
فكان الضمان جايزًا فى المافات من حق المستحق ومن شبه
من علمايا هذا الضمان بضمان المشارطه الذى يعتمد عن
العقد قال الغير انما سلم العين الى المستعير مجانا لينتفع
بها ثم يعيدها اليه وما رضى بخروجها عن يده مجانا الا
بشرط ان يعاد الى يده وهذا ماخوذ من معنى لفظ
العاريه فانها ماخوذه من التعاور والتاور يقال
عار الشى اذا ذهب وجا ومنه العيار للغلام البطال
فصار كما لو شرط الضمان وكما لو اخذه بشرط فانه

يكون للضمان كذلك ههنا **مسئله الغصب**
مسئله اذا غصب عبدا ثم قطع يديه او فقا عينيه وظاهر
مذهب الشافعي انه يجب كمال قيمته وفيه قول اخر انه يجب
ارش النقصان واذا غرم الغاصب القيمه لم يملك العبد
وقال ابو حنيفه رحمه الله الواجب في قطع اليدين كمال
القيمه غير ان المالك بعد ما قطع الغاصب يدي العبد
مخير ان شا اخذ مقطوع اليدين ثم لا شي له وفاز الجاني
بجنايته وان شا اخذ القيمه ولا خلاف انه لو غصب
ام ولد او مدبر فقطع يديه وغرم قيمته لا يملكه وماخذ
النظر ان الواجب من القيمه في مقابله اليدين المفوته من
ام الولد في مقابله الجمله فالشافعي يقول في مقابله اليدين
الفائته فلا يقتضي ملك الجمله من حيث ان الذي يقتضيه
قياس الاموال ان لا يجب في الحر ما يجب في الجمله بل يجب
ارش النقصان حسب والعبد مال الا ان الشرع لحرمه
الادميه الحقه بالحر في الجراحات وجعله مثله في باب

الديه فاوجب في يديه مثل ما اوجب في نفسه وفي حق
البهيمه يجب بقطع يديها ارش ما انتقص اذا كان العبد
كالحر في انه يجب في يديه مثل ما يجب في نفسه ثم الحر
الذي اليه الاستناد ومنه الاقتباس والاستمداد
ما وجب بقطع يديه في مقابله الفايت وهو اليدان
وجب ان يكون كذلك في العبد الذي شبهه بالحر فقد
جمع الشافعي رحمه الله ذلك في عباره وجيزه فقال
جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته وابو حنيفه
يقول الواجب في مقابله الجمله وقرروا هذا بان العبد
داير بين الماليه والادميه ففيه الشائبتان جميعا فراعينا
كل واحد من القياسين فقلنا يجب كمال القيمه نظرا
الى قياس الادميه وحصل في مقابله الجمله الناقصه
نظرا الى قياس الماليه والجواب نقول هذا امر
بدع وخطب نكر فان مراعات قياس الماليه ان يجب
ارش النقصان وقد اوجبتم كمال القيمه ومراعات

قياس الذميه ان يجعل الواجب في مقابله الفايت وانتم
فلتم يجعله في مقابله الباقي فلا على قياس ما لبه اعتمدتم
ولا الى قياس الذميه رجعتم **مسله** اذا غصب عبدا
فابق من يده وجب عليه كمال قيمته واذا غرم القيمه
لم يملكه بحال حتى اذا عاد عاد الى مالكه واسترجع القيمه
وقال ابو حنيفه اذا غرم كمال قيمته ملكه حتى اذا عاد
كان له وهذا الخلاف في المغصوبات كلها ورجع الاتفاق
على انه اذا غصب ام ولد او مدبرا فابق وغرم قيمته لا يملكه
وماخذ النظر فيها يضاهي ماخذ المسله قبلها وذلك ان هذه
القيمه عند الشافعي ليست في مقابله العين وانما هي في
مقابله ما فات من ثمرات الملك ومقاصده واغراضه
ومنافعه وتصرفاته من حيث ان القيمه وجبت جبرا
والجابر يجب ان يكون بمعنى فايت لا لشي قايم والعين
قايمه والمقاصد فايته فوجب ان يكون القيمه في مقابله
الفايت ليتحقق معنى الجبر فان قالوا ايجاب كمال قيمه

العين لانا لو لم نفعل ذلك قومت بما قلنا انما اوجبنا
كمال قيمه العين لانا لو لم نفعل ذلك لما كنا نجد حدا ومردا
نقف عنده فانا لا ندري ولا نهتدي الى كميه المنافع
والمقاصد حتى نوجب قيمتها فراينا ان اسد الطرق
واسلم المسالك تقويم العين وقد راينا الشرع اوجب القيمه
في مقابله الحيلوله في مسايل مجمع عليها منها شهود المال
اذا رجعوا بعد الحكم فانهم يغرمون قيمه المال وان لم
يوجد من جهتهم سوى الحيلوله ومنها المدبر وام الولد فانه
لم يغرم القيمه فيهما الا في مقابله الفايت من المنافع
وقال ابو حنيفه رحمه الله القيمه في مقابله العين
لان الغصب سبب لملك البدل ومن ضروره ملك
البدل زوال الملك عن المبدل اذ لا يعقل اجتماعهما
لمالك واحد لما فيه من التناقض فكان من ضروره
ملك المالك الضمان زوال ملكه عن المضمون فوقع الملك
في المضمون له بقا على ملك الضمان واقعا مقتضى له

وان تقدم عليه كما اذا قال اعتق عبدك عني فقال اعتقت
فانه يتضمن ملكا سابقا على العتق حتى عليه صحة العتق ثم
يقع مقتضى له سابقا عليه والجواب ان ذلك باطل
من وجهين احدهما انا لانسلم ان القيمة بدل عن
العين بل هي مثل بدل العين ولم اذا غرم مثل قيمة العين
يجب ان يملك العين الثاني ان ذلك يبطل بالمدبر وقولهم
انه لايقبل النقل والتمليك قلنا والعبد الابق في محل النزاع
ايضا لايقبل النقل والتمليك فيتساويان مسئلة زوايد
المغصوب تحدث مضمونة عندنا فيستوي فيها المنفصل
كالولد والثمرة كالسمن قال ابو حنيفة رحمه الله
لايضمن الا عند منع المالك وقيل ذلك هي امانة ومأخذ
النظر اختلاف الفريقين في حد الغصب وحقيقته
فعندنا هو عبارة عن اثبات اليد العادية على مال الغير
وزادوا هم في الحد وتفويت ودليل صحة ماذكرناه
اطراده وانعكاسه ودليل فساد ما ذكروا انتقاضه

وبطلانه بالمودع اذا جحد فانه ما فوت يدا ومع ذلك
يضمن والملتقط اذا جحد فانه ما فوت وابلغ من هذا
الغاصب من الغاصب فانه يضمن بالاتفاق ولم يفوت
يد المالك اذا لم يكن ثابتة عليه وبيد الغاصب ليست
يدا محقة فلما اشتهر الضمان على الغاصب الثاني اذا
ثبت هذا فلنا في اثبات كونه غاصبا للولد طريقان احدهما
انا ندعي انه غاصب للولد حقيقة بطريق المباشرة بنا
على ان دوام الغصب غصب عند الشافعي ولهذا يضمن
المغصوب عنده باكثر القيمتين من يوم الغصب الى يوم
التلف وعند ابي حنيفة دوام الغصب ليس بغصب
ولهذا لا يضمنه الا بقيمته يوم الغصب واذا ثبت
ان دوام الغصب غصب فلا يخفى وجوده في الولد وتايد
ذلك بالاثم بانه موجود في كل لحظة وابو حنيفة يقول
هو في الدوام ليس بغاصب لانه غير مفوت يدا ابتدا
بل تفويت اليد المحقة حصل في الابتدا في لحظة بعينها

ثم زال وتلاشا وليس في مجرد اثبات اليد على مال الغير لم
يكن فيه ازالة اليد تفويت بل هو منع للمالك من التحصيل
كما لو حبس حرا فضاع ماله ويد المالك لم يكن على الولد
حتى يقال فوتها الغاصب بل حصلت في يده امانة كما لو
طير الريح ثوبا الى داره ونحن نقول هذا باطل بما اذا طالبه
المالك برده فانكم قلتم يضمنه ولم يحصل تفويت ولا ازالة
يد فان يد المالك ما ثبتت عليه بالمطالبة ويد الغاصب
غير ثابتة عن يد المالك ثم هو باطل بجميع ما ذكرناه
من النقوض الطريق الثاني في بيان كونه غاصبا للولد
هو انا نقول قد تقرر في الشرع ان الغاصب بتفويت
اليد نازل منزلة مفوت العين ومتلفها حقيقة حتى لو
قال قايل لماذا وجب الضمان على الغاصب والعين
قايمة قلنا لانه احل بتفويت اليد محل تفويت العين من
حيث ان الغاصب احل نفسه محل المالك في استخلاص
مقاصد الملك وثمراته لنفسه ثم تفويت العين الذي

هو الاصل في ايجاب الضمان ينقسم الى ما يحصل بطريق
المباشرة كما لا خفا به والى ما يحصل بطريق التسبب كحفر
البير في جادة المسلمين فانه جعل سببا لوجوب الضمان
عند تردي المتردي فكذلك الغصب ينقسم الى غصب
العين مباشرة كاخذ الام مثلا والى غصب بطريق
التسبب وهو غصب الولد حصل مباشرة لغصب الام فانه
جعل باثباته يده على الام غاصبا للولد بطريق التسبب
بخلاف الثوب الذي يطيره الريح الى داره فان بانا الدور
لا يقصد به اثبات اليد على ثياب يطيرها الرياح ولذلك
فرق بين ان يسقي ارضه فيتوحل صيد فلا يملكه بمجرد
التوحل وبين ان ينصب شبكة فيتعقل بها صيد فيملكه
حيث يعد ذلك في العرف طريقا ويدل على ذلك
مسلة قطعية لا جواب عنها وهي اتفاقنا على ان ولد الصيد
يحدث مضمونا في يد المحرم ولو لا حصوله تحت يده اختيا ره
لما ضمن ولا اختيار له الا اثبات اليد على الام مسلة

منافع الاموال مضمونة بالغصب عند الشافعي كالاعيان
وقال ابو حنيفة المنافع غير مضمونة بالغصب
حاك المسئلة مبنية على اربعة ماخذ احدها ان منافع
الاعيان اموال عند الشافعي كالاعيان وعندهم ليست
باموال الثاني ان اثبات اليد على المنافع ممكن عندنا وعندهم
غير ممكن الثالث ان اتلاف المنافع متصور عليها عندنا
وعندهم لا يتصور الرابع ان منافع الاعيان المغصوبة يحدث
على ملك المالك عندنا وعندهم يحدث على ملك الغاصب
اما كونها اموالا فيدل عليه احكام ثلثة احدها مقابلتها
بالمال في عقد الاجارة الصحيحة والفاسدة مع امتناع
ايرادها على ما ليس بمال كالخمر والخنزير الثاني صحة جعلها
صداقا في النكاح مع ان الابتغاء بالمال شرط الحل في
النكاح على ما قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا
باموالكم الثالث ان الاب ليس له ان يستاجره وليس له ان
يبدل مال الطفل في مقابلة ما ليس بمال فانا لو الدليل

على ان المنافع ليست مالا ان المريض لو تبرع بخدمته
بان خدم غيره في مرضه لا يحتسب عليه من ثلثه ولو كانت
المنافع في حكم الاموال لكانت تحتسب من الثلث
كساير الاموال التي تبرع بها قلنا انما لم يحتسب من
الثلث لانه لا يتصور بقاؤها بعد موته وانما يعترض
الورثة على ما يتصور ان يبقى بعد موته ولهذا لو اعتق ام
ولد لا يحتسب من الثلث وان كان قد اتلف عليهم
عينا لكن لما لم يتصور ان يبقى لهم بعد موته احتسب من
راس المال واما بيان تصور اثبات اليد عليها هو ان اثبات
اليد على كل شيء حسب حاله فاثبات اليد على المنافع باثبات
اليد على الاعيان كما ان تسليم المنافع بتسليم الاعيان
وقد ثبت اليد عليها في الاجارة فان من استاجر دارا
وتسلمها جاز له التصرف فيها بان يوجرها من غيرها
واما بيان تصور اتلافها هو ان الاتلاف عبارة عن فعل
يمتنع اعتباره حصول المصلحة في مستقبل الزمان

والغاصب فعل فعلا باعتبار حصول المنفعه
للمالك فان ملك الاصل اقتضى حصول المنافع المملوكه
له فقد حصل للغاصب تكان حصولها في حقه فواتا
في حق المالك مما لا يجب تحصيله عرفا وشرعا وفي
مقابلته استحقت الاجره في عقد الاجاره فان قيل
دعوى اتلاف المنافع امر غير معقول في نفسه فان
حقيقه الاتلاف قطع البقاء ومنع استمرار الوجود
وهذا انما يتحقق فيما يعقل بقاوه والمنافع اعراض
يستحيل بقاوها وانما يتوالي وجودها وليست خصلة
واحدة ولا شيا يعقل امتداده ليتصور اتلافها قالوا
والتحقيق في هذا ان الاتلاف لا يخلوا اما ان يرد
عليها قبل وجودها او بعد وجودها ومحال ان يرد
عليها قبل وجودها لانها معدومه ومحال مع وجودها
لان الاتلاف اعدام والاعدام مع الوجود لا يتصور
لا يتصور لان الضدين لا يجتمعان وانما يرفع احدهما

الاخر اذا قارنه ولو قارن الاتلاف الموجود لمنع الوجود
ومحال ان يكون بعد وجودها اذ لا وجود لها في الزمن
الثاني بل عدمها واجب لا محاله وما وجب عدمه لا يضا ف
عدمه الى فاعل كما ان ما وجب وجوده لا يفتقر الى فاعل
وانما ذلك في جايز الوجود والعدم وثبت ان اتلاف
المنافع مما لا يتصور والجواب عن هذا الاشكال
ان نقول هذا الجنس من الكلام لا يلتفت اليه البته في
الشرع فانا لو فتحنا هذا الباب لزمنا على مساقه
من قتل عبده لا يلزمه الضمان لانا والقايلون بالتولد
اتفقنا على ان الزهوق من فعل الله ولا يضاف الى فعل
الادمي لا لا له فيه مدخل ثم يضاف اليه الفعل حتى
يلزمه الضمان قيل انه تسبب الى ذلك كذلك
هاهنا جاز ان يقال انه اتلف المنافع ويضاف ذلك
اليه لتسببه الى ذلك ثم جميع ما ذكروه باطل بعقد
الاجاره فانا ساعدنا على وجوب الضمان فيها بالاتلاف

المنافع الماخـــذ الرابع وهو تسبيب المسله
ان منافع الاعيان المغصوبه تحدث مملوكه للغاصب دون
المالك عند ابي حنيفه وهذا اصل طرد لهم فانهم قالوا
لو اجر الغاصب الدار المغصوبه كانت الاجره مملوكه
وكذا اذا غصب بذرا وزرعه في ارضه فانعقد وسنبل
كان له وكذا اذا غصب بيضه فاحتضنها دجاجه
فانعقد منها فرخ كان مملوكا له قالوا والدليل على هذا
الاصل ان المنافع لا وجود لها في الاعيان وليست
شيا منا فيها حتى يقال غصبها ولا وجود لها على التحقيق
بل حقيقتها خياطه ثوب او صبغه او سعي الى مكان و
غير ذلك من الافعال وهذا انما يوخذ باستعمال المستعمل
وتصرفاته وهي باحداثه لها توجد لا ان لها وجود بنفسها
واذا انما توجد بفعل الغاصب كانت مملوكه له لان
فعله حقه وملكه والجواب عن هذا ان نقول
هذا حيد عن قانون الشرع فان فعل الغاصب عدوان

محض

محض وجريمه عظيمه وهو عاص به فكيف يجوز ان يتعلق
على العدوان المحض انتقال ملك المالك المغصوب اليه
ولا نسلم انها وجدت بايجاده بل الله تعالى هو الموجد
وهي متولده من عين مملوكه فكانت لمن العين ملكا له
والدليل القاطع عليه هو انا لو قدرنا رفع الفعل الذي
حصلت عنه من البين لاضحت المنافع والفوايد كلها
للمالك كما لو احتضنت دجاجه بيضه للغير بنفسها كان الفرخ
ملكا لمالك البيضه وصار الفعل العدوان ان ينزل كالمعد وم
ولو عدم الفعل كانت فوايد العين لمالك العين وكذلك
الفعل العدوان **مسله** العقار مضمون بالغصب
عندنا وقال ابو حنيفه يضمن وصوره المسله لا
ما اذا اثبت اليد العاديه على عقار فتلف تحت يده
بان خسف به الارض وعلاه الرمل وركبه البحر
فعندنا يلزمه قيمه العقار وعندهم لا يلزمه وماخذ
النظر اختلاف الفريقين في امكان غصب العقار وتعديه

فابو حنيفة يقول العقار مما لا يتصور غصبه وذلك انه
انه قال الغصب عدوان محض وحقيقته فعل حسي والفعل
الحسي لا يعلم وجوده الا باثره الظاهر في المحل كالقتل مثلا
فانه يسمى فاعله قاتلا لانه ظهر اثر فعله في المحل وهو
الاماتة لانا رايناه حيا قبل فعله ثم رايناه بعد فعله ميتا
فقد ظهر لنا وجود فعله حسا وهكذا ساير الافعال الحسية
قال واذا تقرر هذا قلنا يجب ان يكون الغصب مما يظهر
اثره في المحل ليعلم بذلك وجود فعله حسا وليس ذلك
الا النقل والتحويل فاذا نقله وحوله قلنا هذا الانتقال
من محل الى محل يعتبر به المحل فانه صار منقولا بعد ان لم يكن
منقولا فدلنا ذلك على وجود فعل من الغاصب حقيقة
فاضفنا هذا الاثر اليه واوجبنا الضمان عليه اذا لم يوجد
نقل وتحويل اي اثر لفعله حتى يعلم انه فاعل في المحل فان قلتم
دخل الدار قلنا هذا فعل قام به وليس في المحل ولا تغير
به المحل وان قلتم تصرف واسع فهذا ايضا باطل لانه

لم يتصرف في العين بما يوجب ضمانها والمنافع هل
تضمن ام لا مسئلة اخرى لا تعلق لها بهذه المسئلة وكلامنا
في غصب العقار لا في غصب المنافع وان قلتم خرب
الدار واخذ الاخشاب قلنا ما نقله يلزمه ضمانه وما لم
ينقله لا يلزمه ضمانه وان قلتم تصرف في نفس الارض
وحفرها ونقل ترابها قلنا كلما نقله يضمنه انما كلامنا
في شي لم ينقله ولا يتصور نقله فكيف يضمنه قالوا واذا
تقرر ان حقيقة الغصب النقل وهو متصور في العقار
دل ان حقيقة الغصب لا توجد فيه فلا يضمن قالوا ولا
يلزم على هذا التخلية في العقار حيث جعل قبضا في البيع
ليفيد الاحكام والتصرفات فان ذلك امر شرعي فجاز
ان يقدر وجوده ليترتب الحكم عليه وللشرع ان يقدر
المعدوم موجودا والحي ميتا في الاحكام لمسيس الحاجة
الى ذلك اما الغصب فعدوان محض فلا حاجة الى تقدير
وجوده عند انتفا حقيقته والجواب عن هذا

انا لسنا نعتبر في الغصب امر معقول عرفا وعاده ووضعا
فنقول الغصب هو الاستيلا على مال الغير بعدوان والاستيلا
امر معقول من العرف كان الشرع اولم يكن والاستيلا
على العقار متصور ونعني بالاستيلا ظهور اضافه مقاصد
هذه العين وثمراتها وفوايدها الى هذا الرجل في مستقبل
الزمان واختصاصه بالعين دون ساير الناس واحلال
نفسه محل المالك بكل حال فان ذلك اذا تحقق وظهر
عند الناس سمي في العرف غاصبا ومفتونا وهذا الماخذ
يشتمل من اصل كلي في الشرع وذلك ان الاعيان غير مراده
لصورها وانما يقصد لنا فعها والفوايد الحاصله منها فاذا
حصلت الثمرات والمقاصد لغير المالك بسبب هو
عدوان قلنا يجب عليه الضمان كانه كالمفتوت للعين بهذه
الطريق يدل على ما بيناه استيلا المسلمين على عقار الكفار
فانه يفيد الملك واستيلا الكفار على اموال المسلمين فانه
عند ابي حنيفه يفيد الملك حيث انقطعت وايد الله

وثمراته وما ذكروه من اعتبار النقل والتحويل باطل بمسئلتين
احداهما ما اذا جلس على بساط الغير او ركب دابته بغير
اذنه فانه يضمن وفاقا من غير نقل والاستيلا الثانيه المودع
اذا جحد الوديعه فانه يضمن مع ان الموجود منه قول مجرد
والقول الوجيز في هذا ان الضمان له جهات ففي المنقول
يتصور جهتان وثلثه وهو النقل والاستيلا وغيره فيضمن
بكل واحد من الجهات وفي العقار لا يتصور النقل والتحويل
ويتصور الاستيلا وامتناع جهه لا يدل على امتناع كل
جهه والله اعلم مسئله العاصب لا يملك المغصوب
بالتغير عندنا بل يغرم ارش النقصان وقال ابو حنيفه
رحمه الله اذا تغيرت العين المغصوبه بفعل الغاصب
حتى زال اسمها ومعظم منافعها زال ملك المغصوب
منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفا
بها حتى يودي بدلها حنيفه يملك جميع التصرفات
ملكا مكروها وهذا كمن غصب شاه فذبحها وشواها

او طحنها او حنطة فطحنها او حديدًا فاتخذه سيفًا او صفرا
فعمله آنية او ثوبًا فخاطه قميصًا او قبا قالوا واذا قطع الثوب
بالطول ملكه وان قطعه بالعرض لا يملكه وللمسئلة طرفان
احدهما في الافعال التي تغير العين ولا تزيل ماليتها كالطحن
والشيّ في الشاة فمأخذ الشافعي فيه ان فعل الغاصب
لا يصلح لافادة الملك فما حصل من ملك الغير من حيث
انه فعله عدوان محض والشرع يعتني باعدامه وتحقيقه
فلا يجوز ان نجعله سببًا لتحقيق ملك المعتدي فان ذلك
اثبات له والشرع يقصد اعدامه وهذا يستمد من اصل
كلي في الشرع وذلك ان الله تعالى جعل الاملاك معصومة
على المالك واحترمها وجعلها معززة مصونة لا ينال
الا باسباب وضعها وطرق مهدها فمن قال ان من اخذ
ملك غيره قهرًا وتصرف فيه تصرفًا هو مقصود المالك
من ملكه يملكه فقد ابطل عصمة الاملاك بالكلية وازال
الاحترام الذي اثبته الشرع بمجرد العدوان وهذا مخالف

لموضع الشرع ومأخذ ابي حنيفة في هذا الفصل ان فعل الغاصب
غير صفة العين ومقصودها واسمها فانها كانت تسمى
حنطة فصارت تسمى دقيقًا وكانت تسمى غزلا فصار ثوبًا
ومعظم المقاصد قد زالت اذا شوى الشاة فانها كانت
قبل الشي ينتفع بها من جهات عدة وتطبخ منها الوانًا
كثيرة وزال ذلك بحيث سواها قالوا واذا زالت المقاصد
صارت العين كالتالفة فملكها بالقيمة ونحن نقول
هذا الذي ذكرتموه باطل فان المقصود الاعظم من هذه
الاشياء هو الاصل وهو قائم ما زال كيف تصرفت الجهات
انتهت اليه الطرف الثاني ما اذا احدث في العين
فعلا يزيل به مالية العين كما اذا غصب البذر
وزرعه فانه يفسد في الارض ويعفن ويزول ماليته
وكذا اذا غصب بيضة واحضنها دجاجة فانها تصير
علقة فتزول المالية منها وابو حنيفة ههنا يقول المالية
الاولى بطلت وزال ملك المالك عنها وهذه ما

ليه

حدثت وتجددت ووجدت بفعل الغاصب فكانت
مضافة اليه ومحالة عليه ونحن نقول هذا باطل فان المالية
المتجدد لم تحصل بفعل الغاصب انما الله حددها وخلقها
بدليل انا لو رفعنا الفعل من البين لوجدت هذه المالية
ولا يضاف الى الفعل الا ما يوجد بالفعل فاما ما لا
يحتاج في وجوده الى فعل مخلوق كالانعقاد الفرخ بالاحتضان ثم جميع
ما ذكروه باطل بما اذا غصب عصيرا فتخمر ثم عاد خلا فان
فان المالية الاولة بطلت ولا يزول ملك المالك مسئلة
اذا غصب ساجة وادرجها في بنائه ينقض بناؤه وترد
الساجة على مالكها عندنا وقالت ابو حنيفة رحمه الله
يزول ملك مالكها عنها ويلزم الغاصب قيمتها ومأخذ
النظر ما اسلفناه في المسئلة السابقة والخصم يدعي ان
الساجة صارت كالهالكة من وجهين من حيث انها
صارت وصفا للملك وتبعا لماله حتى تستحق بالشفعة
تبعا للعقار وما صار تبعا لا ينقض لاجله المقصود الاصل

كما لو غصب خيطا فخاط به جرح نفسه وجرح عبده
والتحم فانه لا ينزع منه ونحن نقول هذا غلط فان الغاصب
ليس له ان يجعل ملك غيره تبعا للملكه ولا وصفا
من اوصاف ماله مع نص قوله صلى الله عليه وسلم في الذي
غصب ارض غيره وغرس فيها غراسا اقلعوه فليس لعرق
ظالم حق وروي ليس لعرق ظالم حق بالاضافة واما استحقاقها
بالشفعة فلم يكن لكونها تابعة وكيف يكون وما تولدت
من العين لا لاسباب منها وانما نقلت من غيرها اليها
بل نقول اصل ثبوت الشفعة في العقار لم يكن للقب العقار
بل لدفع الضرر المؤبد والعوارض البناء ضرر مؤبد فثبتت
الشفعة فيه لذلك لا لما قالوه من التبعية واما مسئلة
نزع الخيط قلنا انما لم يجز نزع الخيط حقا لله تعالى
فانه لا يجوز ان يجرح نفسه في هذه الحالة ويجوز له نقض
البناء واخراج الساجة فقد صار عاجزا شرعا من نزع
الخيط فصار كالعاجز حسا والعين متى تعذر ردها

اخذت قيمتها **مسئله** نقصان الولاده لا ينجبر بالولد
في يد الغاصب عند الشافعي رحمه الله وصوره المسئله ما
اذا غصب جاريه مثلا فولدت ولدا في يد الغاصب وانتقصت
وبالولد وفا بالنقصان فردهما الى المالك فانه يجب
عليه ارش نقصان الام عندنا وعندهم لا يجب الا اذا
فات الولد قبل تسليمه الى المالك او لم يكن في قيمته
وفا بنقصان ~~زوايد المغصوب~~ صح الولاده فيضمن قدر التفاوت
واعلم ان هذه المسئله تنبني على مسئله زوايد المغصوب فان
الولد عندنا لما كان في نفسه مغصوبا مضمونا لم يصلح ان
يكون بدلا عن مضمون اخر من حيث ان المعقول من شرع
الضمان خير ما فات على المغصوب منه فان التفويت يناسبه
والحكم مقرون به في صوره الوفاق وحقيقه الجبران يدخل
في ملك المالك بسبب الفوات ما لم يدخل في ملكه بدون
الفوات ليقوم مقام الفايت معنى ويندفع به ضرر الفوات
اما الحاصل بدون الفوات يستحيل ان يكون جابرا للفايت

لحصوله

لحصوله بدونه فلا ينجبر به كما لو انتقصت بغير الولاده
وعند ابي حنيفه لما كان الولد يحدث امانه في يد الغاصب
غير مضمون عليه جاز ان يكون بدلا عن الفايت من حيث
ان النقصان الواقع في الام فوات جزو او خلف وهو
الولد ووجه الخليفه استناد الزياده والنقصان الى
سبب واحد وهو الولاده فصار الذي اوجب النقصان
هو الذي اوجب الزياده فكانه لم يفت شي وعبروا
عن هذا المعنى بقولهم موجب ما اوجبه النقص فلينجبر
به النقص كما ينجبر بالارش واستدلوا على ذلك باحكام
ثلثه احدها ان سن المغصوب لو سقط ونبت مكانه
سن اخر فانه لا يكون مضمونا عليه الثاني انها لو كانت سمينه
فانتقص قيمتها بالهزال ثم عادت سمينه فانه لا يلزمه
شي ويصير زياده السمن خلفا كما حصل من النقصان
الثالث انه لو قطع حشيش الحرم ثم اخلف الاخر وولا
يلزمه شي الجواب عما ذكروه ان نقول لا نسلم

الى دعوى الخليفه فان سبب النقصان هو الولاده وسبب
ملك الولد ملك الام مستفاد منه واذا لم يتحد
سبب الزياده والنقصان فلا تثبت الخلفيه بينهما
واما مسله السن فيمنعها على احد القولين وكذا مسله
السمن على احد الوجهين واما حشيش الحرم اذا قطع
فلا يناظر مسلتنا فان الخلف هناك ثبت في مكان
الاصل وحصلت الزياده في محل النقصان لها هاهنا
فالولد ليس في محل النقصان بل هو عين اخرى لا مثل
الفايت ولا قيمته بل هو نما رزق ساقه الله تعالى
اليه فلا يصلح ان يكون خلفا **مسله** المستكرهه
على الزنا لا تستحق المهر عندنا خلافا له وصوره المسله
ما اذا اكرهها بالسيف او ربطها على خشبه وضابط
وجوب المهر عندهم ان كل وطي خلا عن الحد من الجانبين
فهو موجب للمهر وكل وطي اوجب الحد من الجانبين
او من احد الجانبين فلا يوجب المهر ومأخذ النظر

فيها ان منافع البضع متقومه عندنا كساير المنافع
ومعنى التقوم ان لها قيمه فيما بين الناس ويدل عليه
تقومها بالعقد الصحيح والفاسد ووطي المشبهه
وهذا اولى من قول اصحابنا منفعه البضع مال فاذا
اتلفها على جهه العدوان لزمه الضمان كساير الاموال
فان ذلك غلط من حيث ان الماليه قضيه عرفيه
واهل العرف وارباب التجاره لا يعدون صاحب
صاحب الازواج صاحب مال ولا من زوج بنات قد نال
مالا بل يعدون صاحب العيال ناقص الاموال فانه يقال
في العاده العيال ارضه المال فليست منفعه البضع مالا
بل نقول هي متقومه محترمه شرعا ومن اتلف متقوما محترما
شرعا لزمه الضمان كما لو قطع يدها فان اليد ليست مالا
لكن لما كانت محترمه متقومه شرعا وجب ضمانها والخصم
يدعي انها ليست متقومه اصلا وانما هي متقومه شرعا كما في
الاحوال في الاجاره وقرروا هذا بان منفعه البضع ليست

ما الا وما ليس بمال لا يقابل بالمال لانتفاء المماثلة بينهما غير
ان منفعة البضع مما عظم الشرع امرها وفخم شانها وشرط
الشروط والتقييدات في استباحتها حتى انتهى الامر في
تعظيمها الى ان اوجب القتل في استيفائها على جهة العدوان
فاموال الدنيا باسرها لا يوازن البضع الا ان الشرع
اوجب المال في العقد والشبهة حيث لم يمكن ايجاب
الحد فاظهر تعظيمه بايجاب المال خيفة الاهدار وابطال
الاحترام فاما اذا اوجب الحد فلا اهدار فان العقوبة
بالرجم غاية التعظيم فلا حاجة بنا الى ايجاب المال وهذا
بعينه تقرره ابو زيد في مسئلة موجب العمد فيقول
الاصل ان لا يقابل الحر بالمال واما قولنا في الخطا بالمال
خيفة الاهدار ونحن نقول هذا فاسد من وجهين احدهما
ان ذلك انما يستقيم ان لو كان المهر والحد وجبا لغرض
واحد ومستحق واحد كالقصاص مع الدية فانهما وجبا
لمستحق واحد وهاهنا المهر وجب لها بدلا عن منفعة

والحد وجب لحق الله تعالى خالصا ليس لها فيه حق فلا
يتنافيان الثاني ان ذلك باطل على اذا زنى بامراه ابنه
فانهم قالوا يغرم لابنه المهر لا فتسد عليه النكاح ويجب
عليه الحد وقولهم لا مماثلة بين البضع والمال قلنا
المماثلة من كل وجه غير معتبرة اذ لا مماثلة بين الدراهم
والجواهر الا من بعض الوجوه وبين الدراهم والدنانير
ومنفعة البضع مماثلة من حيث الانتفاع والعصمة
والاحترام وبهذا الاعتبار كان المال بدلا للادمي
في قتل الخطا **مسئلة** من اراق خمرا على ذمي لم يضمنها
عندنا خلافا له فانه قال يضمنها الذمي بالمثل والمسلم بالقيمة
وماخذ النظر فيها ان مالية الخمر مهدرة عندنا على الاطلاق
وعندهم هي مهدرة في حق المسلم دون اهل الذمة وهذا
الماخذ يستمد من ثلثة اصول احدها ان الكفار عندهم
غير مخاطبين بفروع الاسلام في طي الامر والنهي ولم
يوجه نحوهم خطاب الا بالاصول وهذا اصل

طلاق

قد ابطلناه في غير موضع وبينا انهم مخاطبون بالفروع
بشرط تقديم الاصول لا صل الثاني انه وان جاز
خطابهم فلا بد من خطاب في حقهم بالتحريم ولم يوجد
ذلك بل الخطاب يدل على اختصاص تحريم الخمر بالمسلمين
وهو قوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب
والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم
تفلحون خص الخطاب بالمومنين والاصل في الخطاب
ان يكون مقصورا على من خوطب وان ترك في موضع
فلدليل اخر لا لنفس الخطاب ونحن نقول هذا باطل ايضا
فان خطاب التحريم فيها عام والبداية بالمومنين كان تكريما
وتشريفا وتعظيما لقدرهم لا لاختصاص الحكم بل
الحكم يتناول الخلق اجمعين كما في قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان
تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فان
الخطاب والحكم يعم المومنين والكافرين فان الكافر

ايضا اذا طلق قبل الدخول لا عدة له عليها ثم دليل العمو م
قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمرة لعينها
اي لمعنى في عينها وهو الشدة المفضية الى زوال العقل
الذي هو ملاك التكليف وبه يتوصل الى الاسلا م
وتمييز الاسلام الحلال عن الحرام فالعلة المحرمة موجو دة
في حق الكافر حيث وجودها في حق المسلم واهلية
التحريم ثابتة في حقه بدليل تحريم الكفر عليه الا ضل
الثالث زعموا ان شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يجد ناسخا
في شرعنا والخمر كانت مما لا يحرم مملوكا في الملل
السالفة وفي بعض الابتداء الاسلام الى ان نسخ ذلك بخطاب
التحريم في حق المومنين فهي عندهم باقية على ما كانت عليه
قبل التحريم ومسايلهم تدل على ذلك فانهم قالوا يملكها
المسلم اذا وكل ذميا في شرايها بواسطة وكالته ويملكها
ايضا بالوصية ويجوز ان يوخذ منهم عشور اثمانها ونحن
نقول هذا ايضا بناء على اصل فاسد فان الله عز وجل بعث

محمدا صلى الله عليه وسلم وجعل شريعته ناسخة للشرايع
كلها ناسخة للملل والنحل باسرها لم يتخصص شريعته بنسل
ولم يتميز جيل عن جيل قال الله تعالى يا ايها الناس
اني رسول الله اليكم جميعا واذا كانت شريعته رافعة
لكل دين وفي شريعته ان الخمر محرمة غير متقومة مطلقا
فلا يبقى لما ذكروه اصل في شرعنا مسائل الشفعة
مسئلة الشفعة عند الشافعي رحمه الله مختصة
بالنزيل المخالط دون الجار وقال ابو حنيفة رحمه الله
يثبت للجار الملاصق دون المقابل فيثبت للشريك اولا
ثم للجار الملاصق فان عفى فلملاصق الملاصق الى
ان ينتهي الى اخر السكة ومأخذ النظر اختلاف الامامين
في مناط الشفعة في موضع الوفاق فعند الشافعي رضي الله عنه معللة
بدفع ضرورة القسمة وذلك انهما اذا كانا مشتركين
في دار متلازمين اجتمعا على المرافق واشتركا فيها كموضع الطهارة
والبالوعة ومطارح التراب ومسيل المياه وذلك

يؤدي الى بغي الخليط وهذا ضرر متفاقم متعاظم لا يندفع
الا بالقسمة وذلك يؤدي الى الاضرار به من وجهين
احدهما وزن مؤنة القسمة والثاني ضرر تجديد
المرافق وافرازها في بقعته الذي ضاق عليه وهذه انواع
من الضرر لا توجد في حق غير الشريك وقال ابو
حنيفة رحمه الله مناط الشفعة في موضع الوفاق
دفع ضرر الدخيل بسبب سوء المعاشرة والصحبة
والتعلي في حدود الملك مع تباين الاخلاق وتنافر
الطباع وهو ضرر قار ويتأبد بطريق اتصال ملكه
بملكه وهذا المعنى موجود في الجار حيث وجوده
في الشريك ونحن نقول هذا التعليل باطل من وجهين
احدهما وقوع الاتفاق على تقديم الشريك
على الجار ولو تساويا في مناط الاستحقاق لاستويا
في الاخذ كالشركاء الثاني ان هذا النوع من الضرر
موجود في الجار المحاذي ايضا فانه يحتاج الى توسعه

دفعه بان ينبغي نفقا في الارض ويشرع ساباطا
الثالث انا نعارض ضرر الجار بالضرر الذي يلحق
المشتري فانه يزعجه ويخرجه من بيت اواه وسكنه
ويرفع عقله ويبطله فان قلنا لولا الضرر الذي يلحق المشتري
معمور الاضافه الى ضرر الشفيع قلنا ليس كذلك
لان ضرر سو المعاشره امر موهوم قد يوجد وقد لا يوجد
والغالب انه لا يوجد لان العقل والدين يمنعانه
من ذلك واحتمال ضرر ناجز لدفع ضرر موهوم يا باه
العقول وهذا بخلاف ضرر الخليط على ما سبق مسله
الشفعه توزع على قدر الانصبا في اصح القولين وهو
مذهب مالك وعلى عدد الروس بالتسويه
في القول الثاني هو مذهب ابي حنيفه وماخذ
النظر ما اسلفناه في المسله السالفه من ان مناط الا
هو اتصال الملكين بجميع اجزايهما وهو الاختلاط
فكل جزو من اجزا ملكه سبب لاخذ ما يتصل به من

زادت

زادت اجزا ملكه ازداد ما يتصل به من الشقص وقال
ابو حنيفه رحمه الله يوزع على عدد روسهم
بالتسويه لان مناط الاستحقاق هو الاصل الملكين
وقد تساويا فيه فيتساويان في الاستحقاق

مسايل الماذون

مسله العبد
الماذون في نوع من التجاره لا يصير ماذونا فيما عداه
كالماذون في الجلوب لا يصير ماذونا في الثياب
عندنا خلافا لابي حنيفه فانه يرتفع الحجر ويصير
ماذونا في جميع انواع التجاره وماخذ النظر
ان الماذون عندنا متصرف للسيد بحكم الاذن
كالوكيل والشريك والمضارب وتصرفه للسيد
فيتقيد بمحل الاذن بدليل ان عواض العقود
والاوحصول لا يرجع الى السيد وان الماذون
في ورد لا يملك ما عداه والماذون في جنس
لا يملك جنسا سواه كالبيع والنكاح ويكون

السيد يملك اعادة الحجر عليه متى شا ولو كان
الحجر قد انفك وارتفع لما ملك اعادته كالمكاتب وقال
ابو حنيفة رحمه الله العبد يتصرف لنفسه بحكم
فك الحجر عنه كالمكاتب وتصرفه يقع لنفسه
موجب ابتدائه ثم ينتقل الى السيد وانما حجر
عليه وسلبت تصرفاته مع وجود عقله وهدايته
وكمال اهليته قضاء لحق السيد واشتغاله بخدمته
فاذا اذن له فقد اسقط حقه فصار مطلقا في
التصرفات باهليته بمنزلة المرتهن اذا اذن للراهن
في بيع عين المرهون فانه اذا باع الراهن لا يقال
استفاد جواز البيع بل ملك ذلك بماليته الاصلية
واهليته القايمة حتى ان المرتهن لو قال لا تبع الا
من فلان كان ذلك لغوا لا يصغى اليه بل له البيع
كيف شا من شا وانما كان الاذن معتبرا في اسقاط
المستحق حقه فاذا اسقط حقه كان له التصرف

باهليته السابقة فكان الاذن شرط لاسقاط الحق
لا غير **والجواب** عن هذا ان
نقول لا بل تصرف العبد بالاذن واقع لسيده
بدليل ان اعواض العقود دروا لا وحصولا
ترجع الى السيد بكل حال ويملك اعادة الحجر
عليه متى شا ولو كان الحجر قد انفك وارتفع لما ملك
اعادته كالمكاتب **مسئلة** العبد الماذون
اذا ركبته ديون التجارة تعلقت بذمته
ولا يباع فيها بل يتبع بها اذا عتق وقال ابو
حنيفة ديون التجارة تتعلق برقبته فيباع في
قضايها عند ضيق ما في يده عن الوفا وماخذ
النظر ما اسلفناه في المسئلة السالفة وهو ان
تصرفه عندنا لحق السيد فيظهر اثره في محل
اذنه وهي الاكساب والرقبة لم يتناولها الاذن
وابو حنيفة يقول الاصل تعلق الدين بذمته

العبد فان ذمته له وهو متصرف باهليته ولا
بد من قضا الدين اقرب شي منه رقبته فقلنا
يتعلق الديون بها لانها خلفه ونحن نقول هذا
باطل فان كون العبد متصرفا لنفسه قد ابطلناه
وان سلمنا فقولهم ان رقبته اقرب شي اليه باطل فان
الرقبة عبارة عن المالية وهي مال السيد وهو
خالص ملكه فهي للعبد شي منه وتمام كشف الغطا
عن هذا ان الاصل المستقر والقانون المستمر في
الشرع تعلق الديون بالذمم فان العينية تنافي الدينية
ولا تقبلها الا ان الشرع استثنى من هذا الاصل
ثلثة مواضع على خلاف الاصل لعوارض وطوارئ احدها
تعلق الدين بالعين المرهونة لحاجة التوثق لتستوفي
الحق من ثمنه كما يتعلق الدين بذمة الضامن والمحال
عليه وان لم يكن عليهما دين لحاجة التوثق وذلك

لعقد المالك ومباشرته ولسنا مسلمين من هذا
القبيل الموضع الثاني تعلق ديون التجارة بكسب
العبد ولا يخرج هذا ايضا عن مصلحة معقولة
وهو ان السيد لما سلم اليه طايفة من ماله واذن
له في التجارة فقد علق آمال العاملين بهذا المال وقصر
اطماعهم عليه فكان هذا المال مطمع طمعهم ولو لا
ما في يده لما عومل عليه لانه عبد مملوك لا يقدر على
شي فكانت الديون متعلقة بهذه المصلحة ولسنا
مسلمين من هذا القبيل ايضا فانه لم يوذن له في الا تجار
برقبته ليكون ذلك من مصلحة التجارة الموضع الثا لث
اروش الجنايات تعلقت برقبة العبد لتعذر ايجا بها
على السيد اذ لا يواخذ ربه بجناية غيره وبخلاف
ضرب الدية على العاقلة فانها حملت بدل الدم
بنص الشرع على خلاف القياس فلا يلحق به ما لا يما ثله
وتعذر ايجابها في ذمة العبد حتى تطالب بها

بعد العتق لان الرق ليس لانقضائه امد معلوم بل
هو مستغرق الى الحجر العرفي فيجري الى ضياع الحق
فكان اقرب المسالك ان نقول تعلق رقبته فيباع
فيها ولا يجحف بالسيد ولا يضر بصاحب الحق وما
نحن فيه ليس من هذا القبيل ايضا لان الدين
ما تعلق طمعه الا بالمال الذي في يده فيجب ان يكون
مقصورا عليه ولا يتعدى الى رقبته اتباعا للاصل
الذي مهدناه **مسئلة** السيد اذا راى
عبده يبيع ويشتري فسكت عنه لم يكن ذلك اذنا
له في التجارة وقال ابو حنيفة يكون ذلك
اذنا له في التجارة فيما عدا المسكوت عنه واما المسكوت
عنه الذي راه السيد عليه لا يكون السكوت عنه
اذنا فيه **ومأخذ** النظر ما اسلفناه من كونه متصرفا
بالاذن والسكوت عن الاذن لا يكون اذنا له اذ لا

صيغة له تدل على شيء بل هو متردد بين جهات شتى
فيحتمل ان يكون سكوته غيظا وتلطيا ويحتمل ان يكون
حياء من الناس حتى لا ينتسب الى التنافس في الشيء
اليسير فيكون في ذلك ترك المروءة او يكون في محفل
من الناس فلا ينكر عليه لاجل الجمع ويحتمل ان يكون
لدناءة على ما قالوه واذا امكن ان يتردد بين هذه الجهات
فلا يمكن حمله على احدها دون غيره بقرينة ودلالة
السكوت في حق البكر ماخوذ من النص لا من
القياس وقال ابو حنيفة السكوت اذن
لدلالته على الرضا فان العبد متصرف لنفسه
باهليته لكن حق السيد متعلق به والسكوت
كاف لاسقاط الحق كسكوت الشفيع ومن له الرد
بالعيب فانه يكون اذنا ورضى **والجواب**
ان ما ذكروه يبطل اولا بالسكوت في بيع الحجر
مال الغير وبيع الراهن عند سكوت المرتهن وبالعقد

الذي لا فاه السكوت في محل النزاع فانه لو دليلا
على الاذن فيه فلين قالوا انما كان كذلك لانا جعلنا
ذلك العقد دليلا على غيره والدليل لا بد وان تغاير
المدلول فلا يكون دليلا على نفسه بل دليل على غيره
قلنا ولم لا يكون دليلا على نفسه وغيره
فان العقد ليس هو الدليل بل السكوت هو الدليل
والسكوت عنه هو المدلول فقد تغايرا فيجب
ان يكون السكوت عنه مادونا فيه ايضا مسئلة

مسئلة الاجارة الاجرة تستحق بتعجيلها مطلق
عقد الاجارة عندنا الا ان يشترط التاجيل
وقال ابو حنيفة تتاجل الا ان يشترط التعجيل
وانما يستحق عنده شيئا فشيئا وماخذ النظر قاعدة
تبنى عليها هذه المسئلة ومسايل الاجارات وذاك
انهم قالوا المنافع معدومة والمعدوم ليس بمال ولا
يملك وانما يملك عند وجوده قالوا وكما انها غير

غير مملوكة فهي ايضا غير معقود عليها بل تتراخى العقد
عليها كما تتراخى الملك فهو معلق على وجودها غير منجز
في الحال كما ان الملك يتجدد عند وجودها ومثاله
عندهم الوصية بما يوجد من الثمر والحمل وعلى هذا
بنوا صحة الاجارة على المدة المستقبلة فانهم قالوا المنافع
معدومة والعقد لا يرد على معدوم ولا بد من محل يضاف
اليه ويتعلق به فالعقد يضاف الى حالة وجودها
وهي متراخية فالعقد ايضا متراخ واذا كان وضع
الاجارة تراخي العقد الى حين وجودها صح ان يضيف
العقد الى مدة مستقبلة ومنفعة ستوجد في
زمان ثاني ولاجله قضوا بان الاجارة تبطل بموت
احد المتكاريين لان الحر والذي يحدث منها
بعد موته لم يدخل في ملكه ولا تعلق العقد به وجملة
الامر ان ابا حنيفة لا يغير الحقيقة العقلية
في المنافع ويبقيها على موضوعها فيترتب العقد على
حدوثها ووجودها شيئا فشيئا والشافعي يقول

فع
و

المنافع وان كانت في حكم العدم وطي الفقدان لا
انها مقدره الوجود شرعا وللشرع ان يحكم ويقلب
الحقايق فيجعل المعدوم موجودا والموجود معدوما
والحي ميتا والميت حيا فهي كالمقبوضه المسلمه بنفس
العقد بدليل نفوذ تصرفات المستاجر فيها والقدره
على نقلها واخذ العوض عنها مع امتناع التصرف
فيما ملك بالمعاوضه قبل القبض والملزم من هذا
ما اذا اجر من غيره وشرط تعجيل الاجره فانها تعجل
وفاقا فكيف ملك ان ياخذ الاجره معجله عن شي
لم يدخل في ملكه فانكم تقولون المنافع تحدث على ملك
الموجر ولم يملكها المستاجر بعد فكيف اخذ العوض
عنها وهو لا يملكها ثبت بذلك انها كالمقبوضه
شرعا غايه ما في الباب انه تعذر قبض المنافع جمله
واحده وذلك امر نشا من عدم التصور حسا لا الخلل
في السبب شرعا فصار كما لو باع شيا لا يقدر

على

٨٦

على قبضه جمله كاكرار من الطعام فانه لا يقدر
على قبضها دفعه واحده وانما يستوفي شيا فشيا
ثم جعل كانه قابض للجميع حقيقه فتبين بهذه الدلايل
بطلان جميع ما تخيلوه من استصحاب الحقيقه
العقليه في المانع **مسله** اجاره المشاع
صحيحه عندنا باطله عندهم الا من التنزيل وماخذ
النظر تنزيل بيع المنافع منزله بيع الاعيان عندنا
على ما قررناه في المسله السالفه والخصم يدعي بعد
ذلك بنا على ان المنافع لا يتصور قبضها الا بالاستيفا
ولا يتصور ذلك في المشاع فان السكنى فعل لا يتبعض
وكذلك اللبث فاذا ورد على محل كل جزو منه مشترك
فلا يمكن ان يقال صادف بعضه دون بعض **والجواب**
نقول ولكم ان تسليم المنافع باستيفايها باطل بل
تسليم المنافع استيفايها بتسليم محلها وهو الدار
التي اقيم تسليمها مقام تسليم المنافع واضيف العقد

والبرهان القاطع على ذلك انه لو سلمها اليه ولم ينتفع
بها اصلا يمكن من مطالبته بالاجر وان ثبت ان
المعتبر هو القدرة على تسليم الدار فذلك لا يختلف
بان يكون في البيع او في الاجارة لان حقيقة الاجارة
بيع المنافع مسئلة الاجير المشترك وهو الذي
التزم في ذمته من المستاجر عملا كالقصار مثلا
ليعملها بنفسه او بغيره اذا اقتصر على المعتاد في عمله
فتلف الثوب لم يضمن عندنا خلافا له وماخذ النظر
فيها ان ما حصل تحت يده من خرق او شق يحمل على
ما اذون فيه من جهة المالك عندنا فلا يجب
عليه ضمانه كما في الاجير المنفرد وهو الذي يستاجر
يوما ليقصر له ثوبا في بيته مثلا وانما قلنا انه ينتهي
على ما اذون فيه من حيث انه اطلق الاذن والاذن
انما يتناول ما يندرج تحت قدرته والداخل تحت
قدرته عمل لا يفضي الى الاتلاف غالبا فان ما يسلم

عاقبته قطعا ويقينا لا يدخل تحت الاختيار والاقتدار
فلا يتصور من الاجير التزامه ولا من المالك الزامه ويتايد
ذلك بالفصد والحجامة فانه يقصد بهما السلامة والصلاح
ثم اذا صار قتلا لا ضمان فان قالوا ذاك لانه لا يمكن ان
يقال لو اخرج جرحا لا يسري قلنا يبطل بسراية القصاص
فانها مضمونة عندكم وماخذ الخصم ان الاجير بايع
الزيوف وكذلك المسلم فيه اذا اطلق فانه ينصرف
الى الحنطة الجيدة المعينة ونحن نقول هذا الذي ذكروه
يبطل بالاجير المنفرد فان الرق من مثله قد يسلم وقد
لا يسلم فالعقد مطلق ويطل لا يقيد بما يسلم مسـ
الهبة مسئلة الملك في الموهوب بعد القبض
لازم لا يصح رجوع الواهب فيه عندنا الا الوالد
فيما وهب لولده وقال ابو حنيفة رحمه الله لا
ينقطع الرجوع الا بالثواب او تلف الموهوب او
حدوث زيادة متصلة به او استيلاد او هب

من فقير او ذي رحم محرم او احد الزوجين وهب من صاحبه
فانه لا رجوع عنه لحصول العوض وهو الثواب في الاخره
وصله الرحم واعلم ان هذه المسله خارجه عن قياس
المذهبين فان الذي يقتضيه قياس المتفق عليه من الجانبين
ان من ابرم عقدا او الزم ملكا وثبت الحقوق في قطع العلايق
ان لا يثبت له الرجوع فيه تشهيا واستقلالا لا غير
انه وقع الاتفاق على ان الرجوع في الهبه ثابت وانه
لا يثبت في كل هبه بل في هبه دون هبه وانما الكلام
واقع في تعيين ذلك الموضع فالشافعي يرى ان وضع
الملك في الهبه على اللزوم فلا رجوع الا للاب
خاصه نصا على خلاف القياس وهو قوله صلى الله
عليه وسلم لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد
فيما وهب لولده فلانه المستحق للاحكام على ابنه
لشرف الابوه وموضع الولاده ولهذا اذا استولد
جاريه ابنه ملكها وان كان الوطي حراما وما راينا

لهذا نظير فخصصناه بهذا الحكم ايضا حتى انه لما صاق
نطاق القياس لم يلحقوا به الجد على اظهر الوجهين وابو
حنيفه يرى ان وضع الهبه على الجواز ولا يلزم
الا بالتعويض فموضع يتحقق العوض ينقطع الرجوع
كما في البيع وفي موضع لا يحصل ذلك يثبت الرجوع
قالوا والدليل على اقتضا الهبه العوض قوله صلى الله عليه
وسلم من اصطنع اليكم معروفا فكافيوه وهذا الذي
ذكروه ليس بشي فان لفظ لا ينبي عن العوض ولا يقتضيه
وانما مجرد منحه لو اقتضت عوضا لبطلت دون تفصيل
العوض كما لو ذكر عوضا مجهولا ولصارت الهبه بيعا
ثم جميع ما ذكروه ينتقض بهبه الزوجه فانه لا صله
فيه ولا يثبت الرجوع فان قالوا ثم رحم قلنا غير صحيح
بل ثم وصله عقد ومحبه وطلب موده ومثل
ذلك موجود في حق الاجانب ثم يبطل بهبه ابن بني
فان ثم رحما والرجوع ثابت عندكم ويبطل ايضا بما
اذا زادت زياده متصله فان الرجوع ينقطع وما راينا

بخلاف ما يثبت فيه الرجوع يبطل فيه الرجوع بالزيادة المتصلة
الا في الصداق لانه يمكن الرجوع في قيمته بخلاف ساير
المحال مسألة هبة المشاع صحيحة عندنا
على الاطلاق وتلزم وقال ابو حنيفة لا يصح
فيما يقسم كالاراضي ويصح فيما لا ينقسم كالجواهر
والعبيد ومأخذ النظر ان قبض المشاع ممكن عندنا
بدليل البيع وهبة المشاع الذي لا ينقسم فانها تفيد
الملك اجماعا مع توقفه على القبض والخصم يزعم ان
تمام القبض لا يتأتى في الشايع من حيث انه لا يمكن قبضه
الا مشغولا بحق غيره وما دام مشغولا بملك الواهب
كان متشابها بنوع تشبث وذلك يمنع تمام القبض
كالموهوب وعاء فسلمه وهو مشغول بحنطة الواهب
فان الهبة لا يلزم لكونه مشغولا بملكه قالوا ولا يخفى
ان اشتغال الملك بملك الشريك يزيد على اشتغال
الوعا بالحنطة فان ذلك اتصال مجاورة قالوا وهذا
بخلاف ما لا ينقسم فانه اكتفي فيه باقصى الممكن فالهبة

كالتخلية في العقار فانه تسليم ناقص لا يكتفى به فيما يحتمل
النقل واكتفي به في العقار لكونه اقصى الممكن قالوا ونظير
ما قاله ابو حنيفة ان جوارح الطير يحل صيدها
وان اكلت منه لانه لا يمكن تعليمها ترك الاكل والكلب اذا
اكل من الصيد حرم لانه يمكن تعليمه ترك الاكل بان
يضرب بالعصا فاعتبر الممكن في كل شيء والجواب
من وجهين احدهما انا لا نسلم ان القبض غير
ممكن على سبيل الكمال والتمام قولهم لانه لا تسلمه
الا مشغولا بملك غيره قلنا هذا لا يمنع من قبضه
ما لنفسه فانه قد قبضه حقيقة وان قبض معه
غيره فلا يخرج عن كونه قابضا ملك نفسه الثاني
ان القبض المعتبر في الهبة عندكم هو القبض الحكمي
الشرعي دون الحقيقي فانكم قلتم يصح هبة العقار
كما يصح هبة المنقول والقبض في الجميع التخلية كما في
البيع وان كان القبض الحقيقي عندكم هو النقل والتحو ل

ولهذا قلتم لا يتصور غصب العقار لانه لا يمكن نقله
وتحويله ثم لم يعتبروا مثل هذا في الهبه فدل انه ليس بمعتبر
لها غايه القبض مسئلة المودع اذا خان في الوديعه
ثم ترك الجنايه وعاد الى الحفظ والامانه لم يصير امينا
ولا مستودعا الا بتجديد عقد الايتمان واستيناف
الايداع وقال ابو حنيفه يعود امينا كما كان
من غير تجديد عقد ولا خلاف انه لو جحدها ثم اقر بها
او منعها ثم بذلها او خلطها ثم ميزها انه لا يبرى من
الضمان ومأخذ النظر ان التعدي يرفع عقد الوديعه
عندنا من حيث ان يد الوديعه يد امانه والجنايه ضد
الامانه فلا يحتمل وفي يدل على زوال يد الوديعه انعقاد
الاجماع على انها لو تلفت والحاله هذه كانت مضمونه
على المودع واذا ثبت ارتفاع عقد الوديعه قلنا
قضيه كل عقد متى ارتفع فلا يعود حتى يجدد كزوال

الملك في البيع وزوال الحل في النكاح والسر فيه هو ان
مقصود الوديعه وحكمها الاصلي انما هو الحفظ والصيانه
واداء الامانه وقد زال هذا المقصود فارتفعت الوديعه
بزوال مقصودها وابو حنيفه يدعي ان امر المالك بالحفظ
امر عام فان حاصل الوديعه ومقصودها يعود الى الحفظ
متعدد في زمنه لا الى حفظ واحد وانما هو حفظ دائم
مستمر كل وقت يتعلق به حفظ فهو اشيا لا شي واحد
فاذا ترك الحفظ في وقت وعاد اليه في وقت فقد فات
بعض المعقود عليه وبقي بعضه فكان حكم العقد باقيا
فيما بقي لا فيما فات كما لو استاجر انسانا ليحفظ ماله
شهرا فينزل الحفظ اياما ثم عاد الى الحفظ بقيه الشهر
فانه يعود اجيرا حتى يستحق اجر الباقي وكذا لو رهن
عصيرا فصار خمرا ثم عاد خلا عاد الرهن بعد انتفائه
بالخمريه وجمله الامر انه مهما عاد الى الحفظ فقد رد
الوديعه الى اليد النائبه الحافظه الممتثله لامر المالك

الموافقة لصيغة العموم في الاشخاص فكان خارجا عن العهدة
والجواب هو انا لا نسلم ان المعقود عليه اشـ
متعددة بل المعقود عليه الحفظ وهو حفظ واحد فان
زال بطل العقد بخلاف ما استشهد به من الاجارة فان
المعقود عليه منافع البدن وذلك متعدد فاذا استوفى
منافعه في وقت وجب عليه من الاجرة بقدر ما استوفاه
واما العصير اذا صار خمرا ثم عاد خلا فلا ينقطع حكم
الرهن لصيرورته خمرا بل يبقى موقوفا الى زوال العارض
فان استمرت الخمرية بحيث لا تتخلل قضينا بالانقطاع
قولهم انه اذا عاد الى الحفظ فقد رد اليد النائبة عن المالك
قلنا هذا صحيح ان ثبت ان المالك راض بائتمانه بعد الجناية
غير ان قرينة العرف قاضية بان المالك لا يرضى بايداعها
عند من خانه وتعدى في وديعته والعرف قرينة مقيدة
بدليل الوكالة وغيرها من العقود **مسئلة** الصبي
المميز الذي يعقل عقل مثله لا يصح اسلامه عندنا استقلالا

وقال

وقال ابو حنيفة رحمه الله يصح اسلامه بنفسه استقلالا لا
بنفسه وانما يتصور اسلامه بطريق التبعية اما لاحد
الابوين اذا اسلم او الدار كاللقيط الذي يوجد في دار الاسلام
او السابي المسلم اذا استرق طفلا وللمسئلة ماخذان
اصوليان احدهما ان الوجوب عندنا بالشرع
والشرع لم يرد بالوجوب في حق الصبي وعندهم بالعقل
والعقل يوجب على الصبي والبالغ اذا كان الصبي عاقلا
فقد نقل عن ابي حنيفة انه قال العقل حجة الله على عباده
الماخذ الثاني ان الوجوب عندنا لا يثبت الا بالخطاب
ولا خطاب وعندهم يثبت بالاسباب فقالوا سبب
وجوب الصوم رؤية الهلال وسبب وجوب الصلوة
دخول الوقت وسبب وجوب الاسلام الدلائل الواضحة
والامارات اللائحة التي عرفها وشيرها فلما وجد سبب
الوجوب قلنا الوجوب يتعلق بذمته والاداء تاخر لعدم
قدرته بعد البلوغ كما يجب الصوم في ذمة المسافر

لكن تأخر الادا للعذر للسفر فاذا اتى به فقد اتى بالواجب
والدلالة على فساد الماخذين المذكورين قد استقصيناه في كتاب
تخريج الفروع على الاصول وبينا ان العقل لا يوجب شيئا
وان لا وجوب الا بالخطاب والذي يخص مسئلتنا هذه ان
نقول الاسلام ماخوذ من الاستسلام والانقياد ولا بد
وان يستسلم لمن يطلب منه الاستسلام والانقياد والصبي
غير مخاطب ولا مامور فلا يتحقق معنى الانقياد فاذا تقرر
ان الاسلام غير واجب على الصبي فلا يمكن ان يصح منه
لانه لا يقع قط الا فرضا وليس هو كالعبادات التي تنقسم
الى نفل وفرض كالصلوة والصوم فيصح من الصبي لانها قد
يقع نفلا فيصح منه على وجه النفل فان قالوا لم قلتم ان الاسلام
لا يقع الا فرضا قلنا لانه لو لم يقع فرضا لكان يتخير فيه بين فعله
وتركه فيكون الفعل مباحا والترك مباحا
وترك الاسلام هو الكفر والكفر كيف يكون مباحا
فان قالوا اذا كنتم تقولون ان الاسلام لا يقع الا فرضا

فما تقولون فيما اذا اسلم الصبي تبعا لابيه فان اسلامه صحيح
اجماعا فعلى اي وجه يقع فرضا او نفلا قلنا اسلامه تبعا
لم يحصل بفعله ولا هو مباشر انما كان ذلك حكما من جهة
الشرع ضمنا وتبعا والله اعلم

كتاب النكاح

مسئلة الاشتغال بنوافل العبادات اولى من الاشتغال
بالنكاح عندنا في حق من لم تتق نفسه الى النكاح وقال
ابو حنيفة رحمه الله الاشتغال بالنكاح اولى لا ادا عود
اهبة النكاح وما خذ النظر ان النكاح باصل وضعه ليس
بعبادة عندنا بل هو مباح كاكل الطيب ولبس الناعم وسائر
ما يسئله الشهوة ويدل عليه امران احدهما انه يصح من
الكافر اجماعا والكافر ليس للعبادة الثاني انه لا يشترط
في صحته نية التقرب وهي من خواص العبادة فاذا ثبت
انه ليس بعبادة وجب انه لا يقدم على العبادة كساير المباحات
وقال ابو حنيفة هو عبادة وربما قالوا فرض على الكفاية
بدليل الاوامر المطلقة كقوله تعالى فانكحوا ما طاب

لكم من النسا وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تكثروا
قالوا وظاهر الامر الايجاب على الاعيان فان صدنا الاجماع
عن الحمل عليه تعين حمله واحمله على اقرب الاحتمالات الى
حقيقه اللفظ وهو الافتراض على خصوصه قالوا وتصحيحه
من الكافر لم يكن بجهة كونه عباده بل لما فيه من عمارة الدنيا
وانما اهملها الى الامد المعلوم والكافر اهل لذلك من معنى
اسقاط الملك وان كان قربه وطاعة **والجواب**
نقول دعوى كون النكاح عباده وفرضا باطل بما ذكرناه
وما ذكروه من النصوص بقوله صلى الله عليه وسلم احب
المباحات الى الله تعالى النكاح فانه دل على ان النكاح من
قبيل المباحات بحقيقته وما ذكروه دل على انه مندوب
او فرض كفايه مجاز وتاويله ولا خفا ان دلاله الحقيقه
اقوى والاعتبار اولى من المجاز وقولهم انما صح من الكافر
لما فيه من عماره الدنيا قلنا النكاح بوضعه عباده عندكم
والكافر ليس من اهله وعمر الدنيا تابع لذلك واما عمارة المساجد

والقناطر فتلك امور ماليه تجري مجرى الازالات والاسقا طات
والكافر اهلا لها **مسئلة** المراه لا تلي عقد النكاح
بحال لا مستقله ولا متوكله وقال ابو حنيفة رحمه
الله هي مستقله استقلال الرجال الا في شي واحد وهو
انها اذا وضعت نفسها تحت من لا يكافيها تثبت للاوليا
حق الاعتراض عليها ومآخذ النظر ان قدرة التزويج عندنا
ولايه كالقضا والامامه والمراه ليست اهلا لها ونعني
بالولايه اثبات سلطنه شرعيه في المحل لم تكن ثابته من قبل
وهذا لان التصرفات نوعان نقل موجود واثبات معدوم
فنقل الموجود كالبيع وليس المنقول ذات العبد لكن الملك
الموجود فيه لان البيع تصرف شرعي فيستدعي متصرفا
فيه شرعيا لا حسيا فالبيع نقل الملك المشروع ومحل
النقل هو المنقول والعبد محل الملك الذي هو محل التصرف النوع
الثاني اثبات الملك بالاصطياد واشباهه ومحل
الاثبات هو الملك المثبت والنكاح من هذا القبيل فانه

فانه اثبات ملك في المراه وذلك لم يكن ثابتا من قبل حتى
تنقله واذا ثبت ان قدر التزويج ولايه فالمراه ليست اهلا
لها لان ما فيها من الانوثه اما نقصان في نظرها وقصورا في رايها
في هذا الحكم وهو النكاح لان الشهوه تستولي عليها والشيطان
يستحوذ عليها فلا تنظر الا الى عاجل الحال والى مجرد الصوره
من الخلوق للخلق والولي هو الذي ينظر في المعاني والعلائق التي
يحصل بها الفخار ودفع العار والشنار من حسن الخلق والمروه
والدين والنسب الى غير ذلك من الامور ويدل على قصور نظرها
من تحصيل هذه المقاصد حكمان قاطعان احدهما وقوع
الاتفاق على ثبوت الاعتراض عليها اذا وضعت نفسها فيمن لا
يكافيها فنقسم ونقول لا يخلوا ثبوت الاعتراض عليها اما ان يكون
اما ان يكون بمجرد دفع العار او لقصورها والاول باطل فان
الاب اذا زوجها من لا يكافيها برضاها لم يثبت للجد
ولمن دون الاب الاعتراض عليه وان كان العار والشنار
يلحقهم فثبت ان الاعتراض كان للقصور في عقلها وفتور

في رايها الحكم الثاني انعقاد الاجماع على انها مولى عليها في
باب النكاح حتى انها لو طالبت وليها بالنكاح وامتنع كان عاضلا
عاصيا اما ترد شهادته ولولا ان اجابتها عليه واجبه
لما فسق وعصى كما لو طالبت ذلك من البعيد وامتنع
فانه لا يعصى وابو حنيفه نحا بالنكاح نحو التصرفات
الماليه ومن امره فيه على ظاهر القياس وحكى المعنى ما يشد
الى موارد في النكاح الاقسام صحته فيقول المراه اذا بلغت
عاقله زالت الولايه عنها في بعضها لا هي تزول في ما الحاجه
تبع تصرفها في املاكها وعقودها وساير حقوقها
وهي مالكه لذاتها فلها نقل منافعها كما في الاجاره ويدل
استقلالها حكم قاطع وهو اقرارها فانه لو اقرت بالنكاح
وقالت زوجني هذا ولي مع شاهدين وانكر الولي
قبل اقرارها ولا يضر انكار الولي ولولا استقلالها بالنكاح
لوجب ان لا يقبل اقرارها ولا يضر انكار الولي الجواب
المستاصل لهذا الكلام ما اسلفناه وقولهم مملك ذاتها

وقولهم تملك ذاتها فتنقل منافعها باطل لان استيفا منافع
البضع لا يتصور في المراه والنكاح حق عليها للزوج فكيف
تنقل ما لا تملك من نفسها واما الاقرار بالنكاح فتمنع
فنقول لا يصح اقرارها فان قالوا فقد نص الشافعي على صحه
اقرارها فقال لو اقرت بالنكاح في الغربه قبل قلنا ليس
هذا باقرارها فانه لو كان اقرارا حقيقه لما اختلف بالسفر
والحضر وانما هو استصحاب حكم على سبيل الاضطراب
فان استصحاب الشهود في اسفارها وتحملها يتضمن عسرا
وحرجا فعفى الشرع عن تكليفهم اقامه الشهاده لهذا المعنى
حتى قال بعض اصحابنا اذا رجعا الى الوطن فلا حكم لما جرى
في الغربه **مسله** البكر البالغه يجبرها ابوها وجدها
على النكاح عندنا خلافا لابي حنيفه رحمه الله واعلم ان
اعتماد الشافعي في هذه المسله ومعظم مسايل النكاح
على الاحاديث وهو الانصاف والذي استدل به الشافعي
في هذه المسله ما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الثيب

احق بنفسها من وليها والبكر تستامر واذنها صماتها وليس
احتجاج الشافعي هاهنا بمفهوم الخطاب بل بما هو اقوى
واعلى من المفهوم وهو طلب المغايره بين قسمين متنافيين
وذلك انه قسم النساء قسمين وجعلهن حزبين ثيبات
وابكارا ولا قسم يتوسطهما فمن ضروره التقسيم تحقيق المغايره
بينهما في الحكم والا فلو لم يكن الحكم في احدهما ضد الحكم في
الاخر لما كان للتقسيم فايده ولا معنى ولكان الكلام لغوا
باطلا واذا دل على المغايره كان من ضرورته قوله الثيب
احق بنفسها ان البكر لا يكون احق بنفسها فان عارضوا بما
روي ان خنسا زوجها ابوها وهي كارهه فرفعت ذلك
الى النبي صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها قلنا الخبر صحيح
لكن بكم حاجه تنقلوا انها كانت بكرا والصحيح انها كانت
ثيبا هكذا رواه البخاري في صحيحه وجميع ما تمسكون به
من الاقيسه في المسله فهو قياس يخالف النص الصريح فلا
يعود عليه اما الماخذ المعنوي في هذه المسله واخواتها

من مسايل الاجبار هو ان النكاح صدر في حق المراه
بالوضع لكونه ارقاقا وتمليكا واستفراشا وفيه اذلال
لحملها منت فضلته التي يتأذى بها فهي والمستخدم سوا
ولهذا اذا تعرى الوطي عن الحل كان عارا غير ان دواعي الشهوه
في المراه تهون عليها هذا المعنى و... كل ذلك لحصول
الغرض الكلي من بقا النوع الانسي اذا ثبت ذلك قلنا الشرع
استثنى البكر الصغيره وجوز اجبارها فان النبي صلى
الله عليه وسلم تزوج عايشه وهي صغيره فنزل ذلك
لورود السنه فيه وبقي ما عداها على مقتضى القياس
لقيام الدليل النافي المصرح وابو حنيفه يدعي ان النكاح
من قبيل المصالح في حق الرجل والمراه بكل حال وما يحصل
فيه من ضرر ونقص ينجبر بما فيه من مصلحه اتحاد البيوت
واشتباك العشاير واعتضاد القبايل ووجود المهر والنفقه
فيا خذ بحكم العدم ونحن نقول هذا فاسد فان مصلحه
النكاح ما شرع له

بصرها ها

بلغ مقابله

فليس
من المقاصد الاصليه ولا من الشروط الضروريه وكذلك
المهر والنفقه فان ضرر الارقاق في الحراير لا ينجبر باخذ
المال بدليل ان الكافر لا ينكح مسلمه لما فيه من الاذلال
ثم لا ينجبر ذلك باخذ المال. مسله الثيب الصغيره
لا تجبر على النكاح عندنا بل ننتظر بلوغها واستيذانها
وقال ابو حنيفه رحمه الله تجبر والاعتماد فيها
على التوقيف وهو قوله عليه السلام الثيب احق بنفسها
من وليها ومنه دليلان هاهنا احدهما من حيث التعميم
والثاني من حيث التعليل اما التعميم فان اللفظ عام
من حيث ان التعميم يتناول كل ثيب سوا كانت صغيره
او كبيره واما التعليل فان الثيب اسم مشتق من معنى وهو
الثيابه ومأخذه الاشتقاق فنتصب علما على الحكم ويسند
اليه واذا ثبت ذلك فالمعنى حيث وجد تعلق الحكم
عليه المأخذ المعنوي في المسله ما اسلفناه في المسله السابقه

وهو ان القياس يقتضي ان الصغيرة لا يجوز تزويجها بحال لان
في ذلك اضرارا بها في الحال لنفع متوقع موهوم والاصل
ان لا يجوز اجبارها لانه لا يعلم عاقبة الامر وما في النكاح
من المصالح انما يكون حاجة عند هيجان الشهوة والميل الى
الرجال فاذا وجدت هذه الحاجة كان النكاح مصلحة والا
فهو ضرر وفي حالة الصغر لا حاجة بها الى الرجال فيكون
في حقها ضررا لا مصلحة وصار كالفصد والحجامة واذا
كان من غير حاجة كان ضررا ومفسدة لما فيه من عسر الخروج
من ربقة النكاح وهذا بخلاف ولاية المال فان ثبوتها على
مقتضى القياس لانا لو لم نثبتها ادى الى نفاد المال وان يأتي
عليه جوائح الزمان بجوائح الانسان فيستنفده والخصم يقول
الشرع ورد بجواز نكاح الصغيرة اذا كانت بكرا فنحن نلحق
بها الثيب ونقول صغيرة وصغيرة والجامع بينهما العجز
عن مباشرة التصرف لنفسها بنفسها والجواب
نقول كيف يلحق احدهما بالاخرى والشرع فرق بينهما

في قوله عليه السلم الثيب احق بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها
والتسوية في موضع فرق الشرع باطلة فان قالوا المراد بالثيب البا لغ
بدليل ان الثيب التي ثبت لها الاستحقاق البالغ اذ الصغيرة
لا حق لها وعندنا الثيب البالغ احق بنفسها من وليها قلنا
حمل الحديث على ما ذكرتموه يبطل فائدة تخصيص رسول الله
صلى الله عليه وسلم الثيب بالذكر فان عندكم لا فرق بين الثيب
والبكر اذا كانتا بالغتين في اثبات الاستحقاق
فاي فائدة في تخصيص الثيب بالذكر مسألة ليس
لغير الاب والجد تزويج الصغيرة عندنا بل يشترط بلوغها
وقال ابو حنيفة يزوجها الاخ والعم وسائر العصبات
غير انه لا يلزم بل يثبت لها الخيار بعد البلوغ الا اذا زوجها
الحاكم فانهم قالوا يصح ويلزم ولا خلاف ان الاب والجد
اذا اجبراها ثم بلغت لم يكن لها الخيار ومأخذ النظر ما بيناه
في المسألة السالفة من ان النكاح ضرر في الحال لم تعارضه
حاجة داعية في حق الصغيرة والنفع موهوم في ثاني الحال

فلا يجوز بسبب استقلالها في الحال وجعلها مرفوقه اسير
لا خلاص لها ولا مناص عن ان الشرع استثنى من هذا الاصل
الوالد علما منه بان الولد لا يعادلها نصحا ولا يجاريها لوفور
شفقته وكمال احتياطه ونظره وغير الاب لا يساويه في هذه
المعاني اللايقه به فلا يجوز الحاقه به ولا قياسه عليه ودليل
التفاوت كون العقد لا يلزم وكون العم لا يتصرف في المال
بخلاف الاب والجد وابو حنيفه يقول النكاح النكاح
من المصالح على ما تقدم في مسله اجبار البكر ثم نزعم ان
الاخ شارك الاب في اصل الشفقه فصح عنده الوجود
اصل الشفقه ولا يلزم لقصورها عن شفقه الاب وهذا
اولى من تعطيل اليتيمه بعد حصول الكفو الراغب وان
وقع الغرض في الحاكم قلنا يتصرف في بعضها كما يتصرف
في مالها **والجواب** ان نقول لا يجوز
الحاق الاخ بالاب لوجود اصل الشفقه فان هذا القدر
لا يكفي لولايه الاحكام فان الاب من المعاني التي اثارت

في حقه الشفقه ما لا يوجد في حق غيره فينظر لها في حقايق
وخفايا لا ينظر فيها الاخ فكم من كفو معه من شراسه
الاخلاق وخساسه الطبع لا يتالف بينه وبين وجه
قط وكم من غير كفو معه من المسامحه والكرم وطيب الاخلاق
ما يدوم به الصحبه وتطيب معه العشره فالاب ينظر
في هذه المعاني والاخ ان نظر فانما ينظر الى ظاهر الكفاءه
ولا يبالي بهذه الدقايق فكيف يسوي بينهما ويجعلان
مجبرين **مسله** الفاسق لا يلي عقد النكاح
عندنا على القول المنصور في الخلاف وقال ابو
حنيفه رحمه الله الفاسق كالعدل في ولايه النكاح واعلم
ان الخلاف في هذه المسله لا يتصور الا في حق الصغير
والصغيره الاضافه الى الاب والجد فان البالغه لا ولايه
عليها للفاسق اجماعا اما عندنا فلفسق الاب وعندهم
لكونها وليه نفسها ومأخذ النظر ان الفسق مخل بالنظر
المامور به في هذا الباب بقوله عليه السلم النكاح رق

فلينظر احدكم ان يضع كريمته وهذا لان الشرع حيث ضرب
الولايات انما ضربها في محل القصور والنقص لينظر العامل في حال
الناقص ولهذا رتب الشارع العصبات في هذه الولايه فقدم
الاقرب فالاقرب لان كل من قرب ودنا كان اشفق واحنى
اذا ثبت ذلك فنقول كمال النظر في حق الولي انما يتحقق بداعي
الشرع وباعث الطبع والفسق محل بالباعث جميعا للاعيس
فانا لا نامن ان يصرف حقها الى نفسه ويزوجها بفاسق مثله
ليستعين به على فسقه ويحصل بطله عن بعض المنكرين فان الناس
اشكال والالف وكل يميل لولي جنسه ويحن الى شكله
والنكاح ارقاق مؤبد واحلال مخلد وانما صار مصلحه بالجبر
والمقابله والتناهي في النظر الصادر عن شفقه كامله وديانه
وارعه فاذا لم يوجد ذلك وجب ان لا يستقل به وكذلك
سلب ولايه التصرف في مالها وابو حنيفه يدعي ان
الفسق لا يخل بنظره في حق ابنته فان نظره لولده مقتضى طبعه
الجبلي وموجب شهوته الخلقيه وكما يجب عليه الطبع

اذا صدقت فيه رغبته اسعى في كماله عن باعث من خارج
كما ان الجايع اذا صدقت شهوته للطعام كان الامر بالاكل في حقه
عديم الاثر في اقدامه عليه والى هذا المعنى يشير قول من قال
في الاصول ان تكليف المكره بما اكره عليه محال فانه يفعل ما
يفعله اجابه لداعيه الاكراه ودفعا للهلاك عن نفسه
سوا وجد الامر ام فقد قالوا واما ولايه المال فهي ثابته له ايضا
لكن القاضي ينصب عليه مشرفا يطالع احواله لكون المال
مظنه الاحتيال بخلاف البضع فان الخيانه فيه معلومه

والجواب

قولهم ان كمال نظره بموجب الطبع يغني عن باعث من خارج
قلنا العداله على مجردها من اسباب النظر والقرابه كذلك
فاذا اجتمعا في شخص كان اتم نظرا وليس للشرع ان يلغي الشرع
بفعل ما هو فوق الطباع كافاضه النعم واصطناع المعروف
وانقاذ الهلكى وجميع محاسن الاخلاق ومكارم العادات
فانها مقتضى الطباع السليمه والنفوس الزكيه والشرع ورد
بتقريرها واما تكليف المكره ان صح فهو ملجا الى الفعل مدفوع

اليه فصار الخلاف محل النزاع فان نظر الانسان لولده وشفقته
عليه ليس امرا منضبطا بل الاباء فيه على ثلثة اقسام فمن مشفق
يجني على ولده ومن معرض متوان ثم المشفقون على مراتب
من الزياده والنقصان فجاز ان يكون للاب قاصر الشفقه
فنقيله العداله كاملا ولهذا لم يستبد بولايه المال قولهم
ان المال مظنه الاختزال قلنا والتزويج مظنه الاهمال ولا فرق
الا ان المال متعلق غرضه والبضع يتوسل به الى المال
الذي هو متعلق غرضه في المهر وغيره **مسألة** المصابه
بالسفاح يعتبر صريح نطقها في النكاح عندنا خلافا له
فانه قال تزوج زوج الابكار فيكون ذلك دينا الضمان لهم
في المشهوره بالزنا خلاف ومأخذ النظر اختلاف الامامين
في تخريج مناط الحكم في حق البكر فعند الشافعي ان الاكتفا
بالسكوت في حق البكر لم يكن مطلق الحيا الذي علق عليه
صاحب الشريعه الحكم حيا البكاره بدليل ان الحيا
امر باطن يختلف ولا ينضبط فكم من بنت من بنات الكرام

وذوات الخدر تستحي وكم من بكر وقحه لا تبالي بالرجال ولا
تستحي من ذكر النكاح وما كان ذلك لا يمكن ان يدار الحكم
عليه فيجب الرجوع فيه الى ضابط الشرع حتى لا ينخرم ويختل
وذلك هو البكاره التي هي مظنه للحيا غالبا فهي الثيب
اذن لا حيا حكم الثيب كالوطي مع الشغل والسفر مع المشقه
وقد زالت البكاره فيزول الحكم ولا يتبع المعنى في آحاد الـ
فانه لا يعرف ونظيره الصبي فانه لما كان مظنه الجهل
والتهاون والبلوغ مظنه العقل والهدايه كان هو الضابط
وابو حنيفه يقول الحيا في حق البكر هي العله دون البكاره
من حيث انها تستحي من النطق بذلك في حقها طبعا وجبله
لما ينسب اليه من الوقاحه واظهار الرغبه في الرجال
فتسوء سمعتها وتظهر فضيحتها قالوا وكل حكم امكن تعليله وجب
تعليله وقد امكننا تعليل هذا الاصل بعله ظاهره محاله
فيجب ان يكون المرعي عين العله لا محل العله كما قلنا ذلك
في اموال الربوا فانا لم نعلل بمحل الحكم هو البر واستنبطه

الطعم ولم يتفقوا على طعم الرجل عندهم الى المحل مطعوم والعقيم
والخنثى المحل فلا اثر له والمحل لا يعتبر مع العلة الا اذا كان
محل العلة مكبرا للعلة ومقويا لها كما قلنا في الزنا مع الاحصان
فانه يعتبر للرجم المحل مع العلة قالوا فاذا ثبت ان الحيا
في حق البكر هو العلة فهو المرعي دون البكارة فحيا الثيبه
حياها اعظم من حيا البكر والخفر لانها اذا انطقت قبل
ابصارانه فتشيع فاحشتها فيظهر فضيحتها فهي اولى من البكر
في الاكتفاء بسكوتها وهذا كله مدفوع بما ذكرناه في تقرير
ماخذنا **مسئلة** لا ينعقد النكاح بشهادة فاسقين
اي بحضورهما عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله
ينعقد وماخذ النظر اختلاف الامامين في ان الفاسق
هل له اهلية الشهادة ام لا ومعنى الاهلية تصور قبول
قوله في بعض الاحوال فالذي ذهب اليه الشافعي ان الفاسق
ليس له اهلية الشهادة بدليل امور ثلثه احدها علينا
بان الاولين من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا

هذا

هذا من الحكام والقضاة والولاة كانوا يبحثون عن احوال
الشهود ويسالون عن بواطنهم وعن التفسير والتطهير
ويبعثون اصحاب المسائل ولو لا ان العدالة شرط لما
اجمعوا على اعتبارها والسؤال عنها الثاني قيام التهمة
فان السبب الذي هو مثار التهمة منشاها قائم في حقه
وهو الفسق الذي اتبع فيه هواه ولم ينظر في عقباه مال
الى شهواته ولذاته وباع اجله بعاجله ولا يومن كذبه وجرحه
اتباعا لاغراض نفسه واذا كان الامر على ذلك وجب
ان لا يقبل شهادته وان غلب على الظن صدقه لقيام سبب
التهمة الا ترى ان الابوة لما كانت سببا يوجب التهمة في ميله
الى الولد لا تقبل شهادته وان غلب على الظن صدقه نظرا الى
الضابط وبالعكس وهذا العدل تقبل شهادته بكل حال
وان كانت الشهادة لاخيه او صديقه وربما مال اليهما
لكن لما كان الضابط الموجب لقبول الشهادة قايما اعتبرناه
ولم يلتفت الى الصور النادره والاحوال الشاذه وقد

تابد لك برد روايته في الاخبار مع مساهلتهم في الرواية
دون الشهادة روعي فيها من الشروط والتاكيدات ما لم يرع
في الروايات من العدالة والحرية والذكورية واذا لم يقبل روايته
مع انه قد سومح فيها فشهادته اولى وابو حنيفة يقول له اهلية
الشهادة تمسكا بعموم قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي
وشهود من غير ذكر العدالة ونحن نقول هذا يعارضه قوله صلى
الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل فانه مقيد
بالعدالة والمطلق يحمل على المقيد والخاص يقضى به على العام
الثالث ان المعنى الذي لاجله اشترط حضور الشاهدين
في النكاح توثيق العقد وحفظه والاحتياط في اثباته وصونه
عن الجاحد والناكر اذ هو عقد خطير شريف قد ميزه
الشرع عن سائر العقود لما فيه من حفظ النسب ومراعاة
الولد والدليل على ان المقصود من الشهادة هذا امران
احدهما ان الشرع شرع الشهادة في تلك الباب كما شرعها
في المناكحات ثم عقلنا المعنى هناك من شرع الشهادة وهو

ما نبه عليه الشرع قال ان تضل احداهما فتذكر احداهما
الاخرى فبان ان التوثق ثم الاثبات عند التجاحد والانكار
فكيف نفهم هذا المعنى في المداينات وننساه في النكاح مع
ان الشهادة في النكاح واجبة وفي عين مسئلتنا الثاني نص
ابي حنيفة رحمه الله على ان نكاح المسلم بالمسلمة لا ينعقد
بشهادة ذميين ونكاح المسلم بالذمية ينعقد بشهادة ذميين
ولولا افتراق الشهادتين في غرض الاثبات فان شهادة اهل
الذمة مقبولة عنده على الذمية دون المسلمين لما كان للفرق
بين المسئلتين معنى وهذا وهذا قاطع لا جواب عنه وبه تبين
فساد قولهم ان الشرط الشهادة في النكاح كان لغرض الاعلان
والاظهار دون الاثبات واذا ثبت ان المعنى الموجب
لاشتراط الشهادة هو الاثبات بطل الانعقاد بحضور
الفاسقين لتعذر الاثبات بقولهما فان قالوا عندنا
يثبت بقولهما اذا غلب على ظن الحاكم صدقهما فان
يتخير في قبول شهادتهما عند غلبة الظن قلنا هذا هو

الدليل على انه ليس من اهل الشهادة اذ لو كان كذلك لوجب
على الحاكم الحكم بشهادته ولا يتخير كما في شهادة العدول والله اعلم

مسألة لا ينعقد النكاح ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين
فقال ابو حنيفة رحمه الله ينعقد ويثبت وليس من
المأخذ قول الاصحاب ان النكاح قد احتاط الشرع في
بابه وعن طريق اثباته فلا يثبت بشاهد وامرأتين فان هذا
يلزم عليه الطلاق فان الشرع ما احتاط في اثباته بل هو
سريع الثبوت فكان ينبغي ان يثبت بشاهد وامرأتين
فان قلنا الطلاق مبغض فلا يثبت بشاهد
وامرأتين بطل هذا بالعتاق فانه محبوب الى الله تعالى محض
مرغوب فيه ولا يثبت ايضا بشاهد وامرأتين الضابط
ما ذكره الشافعي فقال كل حق ليس بمال ولا المقصود منه
المال وهو مما يطلع عليه الرجال على غالب الاحوال كالنكاح
والطلاق والرجعة والفيئة والوصية والوكالة وغيرها
مما ليس بمال ولا يقصد منه المال ماخذ النظر ما ذكره

الشافعي رحمه الله فانه قال الاصل عدم قبول شهادة
النساء وامتنا عنها والدليل على ان هذا هو الاصل انه لا يخلو
اما ان يكن اصلا في الشهادة او تبعا فان قيل هن
اصول فباطل بدليل انه لو اجتمع مائة منهن صالحات
لم يقبل شهادتهن على باقة بقل ولو كن اصلا لقبلت
شهادتهن وان قيل هن تبع فباطل ايضا لان معنى التبعة
لا ينفرد في حقيقة لان حد التابع ما لا يستقل بحمل الحكم وحد
الاصل ما استقل بحمل الحكم وقد راينا النساء ينبغين خلا
واحدا في الشهادة والرجل الواحد غير مستقل بالشهادة
لانه لا يستقل بحمل الحكم اذا ثبت انهن ليس تبعا ولا اصلا
دل انه لا مدخل لهن في الشهادة والاصل ان لا يقبل شهادتهن
الا ان الشرع ورد بشهادتهن في الاموال لمعنى وهو ان الاموال
طرق تحصيلها او تتعدد جهات استجلابها لان البياعات
والمعاملات تتكرر في اليوم والليلة مرارا ويكثر فيها التكرار
والشرع اثبتها بشاهد وامرأتين وبشاهدين وعن على

اصلنا نوسعه في طرق اثباتها للحاجه الداعيه الى ذلك
بخلاف النكاح وغيره فانه يندر وقال ابو حنيفه
شهادة النسا شهادة اصليه بدليل وجوب العمل بها
مع القدره على شهادة الرجال وقصورها عن كمال الحال قالوا
وما جبلن عليه من الغفله والنسيان فقد جبر بالعدد وقد نبه
الشرع عليه بقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر
احداهما الاخرى **الجواب** قد بينا
ان الاصل عدم قبول شهادة النسا لخلوهن عن رتبه
الاستقلال ورتبه الاتباع واما قبول شهادتهن مع
القدره على شهادة الرجال لان لما ذكرناه من توسيع طرق
الاثبات في باب الاموال للحاجه الداعيه الى ذلك
فلو قيدنا القبول بالعجز عن شهادة الرجال لعاد التوسيع
تضييقا قولهم ان ما قيل من الغفله والنسيان يجبر بزياده
العدد قلنا فكان ينبغي ان تعدلوا الى الجانب الاخر فتقبلوا
شهادة اربع على انفرادهن في الاموال وان تقبلوا في الزنا

رجلين واربع نسوه فلما لم يطرد ذلك دل انه كان لعدم
اهليتهن **مسئله** لا يجوز للابن ان يزوج امه بحكم
البنوه عندنا خلافا له فانه قال يزوج وزاد على هذا وقال
يقدم الابن على الاب في الولايه لانه لا تكون سالبه لها فانه
يجوز ان يزوجها اذا كان حاكما او كان ابن عمها او كان مولى
لها وعند ابي حنيفه يزوجها بكل حال واعلم ان الخلاف
في هذه المسئله لا يتصور الا في المجنونه فان العاقله الرشيده
لو اذنت لاجنبي في تزويجها صح عندهم فضلا عن الابن
ولا يتصور ايضا فرضه في الضمان فان الضمان انما يكون
مع الكفاه وذلك محال في حق الابن ومأخذ النظر ان
اصل ولايه الاحكام والاجبار اباه القياس على ما قررناه
في مسائل الاجبار من حيث انه صيرورة حر في الحال
لحق موهوم في ثاني الحال فاي قياس يتصدى الى ان يحكم
زيد على عمرو ويصير المحكوم عليه مسترقا مستهانا لا
خلاص له ولا مناص الا ان الشرع استثنانا من هذا الاصل

معانٍ توجد فيه ولا توجد في غيره من كمال الشفقة ووفور
النظر واداب النفس في تحصيل الاحظ الاغبط للولد والابن
لا تساوي الاب في ذلك فان ولاية النكاح منصب تقتضيه
رتبة الاصل لا رتبة الاصل لفرع من حيث انه مستفاد
بالتعصيب والشفقة والابن وان كان له تعصيب لكنه لا شفقة
له على امه ولا يتغيظ بعار امه ولا بميته دناءتها ولا يصير
شريفا بشرفها ولا عاميا بعاميتها اذ الانتساب الى
الاباء والامهات اوسع كما قال الشاعر
وانما امهات القوم اوعية مستودعات وللاحساب
اثار
وقد يكون شريفا والام رقيقة ولهذا نقول لو اجتمع اخوان
احدهما شريف من الابوين والاخر امه رقيقة ~~ولهذا~~
كانا سوا في الكفاءة واذا كان لا يلحقه عارها لم يكن لها
فان قالوا هذا ملغي بالحاكم والمولى المعتق فانه يقول التزويج
وان لم يلحقه عار قلنا اما الحاكم فلا يلزمنا على تعليلنا يلزمكم

على تعليلكم فانكم تعللون بالعصوبة والحاكم ليس بعصبة
فان قلتم انما تولى لاجل الحاجة والضرورة لان ولايته
ولاية حاجة قلنا هذا عندنا ايضا انما تولى الابن ان لم
يلحقه عار لاجل الضرورة واما المعتق فيلزم على قياس
مذهبكم ايضا فلم زوج وليس بقريب ثم نقول المعتق
له قرابة شرعية قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة
النسب وقال مولى القوم منهم فقدرنا عارا على قدر
تلك القرابة لان مولى القوم اذا كان منهم لحقهم عاره ومأخذ
الخصم ان الولاية مبناها على قوة العصوبة واذا كان الابن
مقدما على الاب في العصوبة حتى صار معه صاحب
فرض وجب ان يكون مقدما عليه في الولاية ونحن نقول
هذا طرد محض اذ لا معنى للعصوبة الا حيازة المال بعد الموت
وحيازة المال بعد الموت لا يناسب الاحكام في حالة
الحياة وربما تعلقوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لعمر ابن سلمة قم يا غلام فزوج امك

من رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه نص قلنا لانه كان ابن
ابن عمها فكانا كحيهان في خصوم الى نكاح رسول الله صلى الله عليه
وسلم لانجاح الى مطلوب لان الولي يراد لتحصيل الكفو ورسول
الله اكفا الاكفا وبه شرف الاولون والاخرون مسأله
احد الاولياء المتساويين في الدرجه اذا زوج موليته
من غير كفو برضاها لا يصح العقد عندنا على القول المنصوص
في الخلاف والاظهر والقول الثاني انه يصح ولا يلزم حتى
يثبت لباقي الاوليا حق الاعتراض وقال ابو حنيفه
رحمه الله العقد يصح ويلزم وليس لاحد من الاوليا
الاعتراض اعلم ان الخلاف في هذه المسئله لا يتصور الا
في ولايه الاستيمار فان المجبر يتحد في كل حال والاخوه
والاعمام لا يجبرون الصغير والصغيره عندنا فصورة
الخلاف ما اذا زوجها احد الاخوه مثلا ممن لا يكافيها
برضاها ومأخذ النظر ان الكفاه عندنا حق ثابت لكل
واحد من الاولياء على الكمال من حيث السبب هو

هو الاخوه مثلا ولكل اخ يدلي بالاخوه كامله وليس يتوقف
كمال اخوته على اخ اخر فاذا اسقط احد الشخصين لم يوجب
اسقاط الاخر لحق الشفعه فانه لما ثبت لكل واحد
بسبب يدلي به من ملكه كالثلث والربع جميعه وكذلك
القصاص المتعدد فانه اذا ثبت لكل واحد قصاص كامل
ثم ان احدهم اسقط حقه لا يسقط حق الاخر وقال
ابو حنيفه رحمه الله الثابت لجميعهم حق واحد لا يتجزى
بدليل ان الثابت للاخوه عند فقد الاب ما كان ثابتا
للاب عند وجوده ولان ادلاهم الى الاخت بواسطه
الاب لا بانفسهم وقربهم لا يزيد على قرب الاب ثم الثابت
له وهو يدلي بنفسه واحد فكيف يثبت لابعاضه
المدلين به اعداد من الحق فيزيد حقهم على حقه والجواب
نقول الاتحاد والتعدد في الحق لا يعرف باتحاد المستحق
وتعدده ولا باتحاد المحل وتعدده وانما يعرف باتحاد السبب
وتعدده ولذلك يستحق على الشخص الواحد قصاصان

والحل مختلف وقد يستحق الشخص الواحد قصاص نفسين مختلفين
على شخص واحد واذا تقرر ذلك فنقول قد بينا ان السبب
متعدد وهو الاخوه وكل اخ يدلي باخوه كامله وحد الاخ
او عدم فهي عله كامله في الاستحقاق فان ادلى به شخص واحد
كمل حقه وان ادلى به جماعه تعددت النسبه فيتعدد الحكم
كالشركه فانها عله استحقاق الشفيع ثم يتعدد بتعدد
الشريك ويتحد باتحاده وخرج على هذا القصاص المتحد اذا
اسقط احد الورثه حقه فان السبب هناك متحد مسله
الولي الاقرب اذا غاب غيبه منقطعه لم يكن للابعد
التزويج بل القاضي ينوب عن الغايب وقال ابو حنيفه
رحمه الله ينتقل الولايه الى الابعد ويفوض التزويج اليه والغيبه
المنقطعه عندنا مسافه القصر وعندهم المسافه التي لا يقطعها
القوافل في السنه اكثر من مره واحده واعلم ان الخلاف في
هذه المسله لا يتصور الا في ولايه الاجبار اعني في حق الاب
والجد خاصه بالنسبه الى الصغيره لان غير الاب والجد ليس له

ولايه والصغاير عند الشافعي وفي العاقله البالغه لا ولايه
عليها عندهم ومأخذ النظر ان الغيبه عندنا لا تخرج الاقرب
عن كونه وليا بدليل الحكم والمعنى اما الحكم فهو انه لو زوجها
في مكانه صح تزويجها ولو زوجها وكيله الحاضر صح واذا تصرف
في مالها بعد الغيبه المنقطعه صح واما المعنى فهو ان اسباب
الولايه مطرده من قرب القرابه والعداله وكمال الآله
الكامله والشفقه الكامله والحشمه الكامله ولم يكن
ولايته ثابته لعدم الغيبه بل لصلاحيته بهذه الاوصاف
وابو حنيفه يقول الى الت ولايه ما لغيبه المنقطعه لان
المقصود بهذه المعاني المذكوره النظر في مصلحتها وذلك
يبنى على معرفه الاحوال والمعرفه تستفاد بالبصيره حاله
الحضور وبالسماع والاستخبار عند الغيبه ومهما انقطعت
الرفاق تندرس الاخبار الا على تدور فينقطع النظر
لتعذر رعايه المصلحه وهذا باطل بما ذكرناه من دلاله الحكم
والمعنى مسله لا ينعقد النكاح الا بلفظ التزويج والانكاح

اومعناهما الخاص بكل لغه عندنا وقال ابو حنيفه
ينعقد بلفظ الملك والبيع والهبه وكل لفظ دل على الملك
ومأخذ النظر اختلاف الفريقين في حقيقه المعقود عليه
في النكاح فانه اغمض ما يطلع عليه وقد اضطرب فيه مسالك
الفقها لاختصاصه بانواع من العجايب وفنون من الغرايب
وخصايص من انا لا نوجد في غيره فان فيه الطلاق والظهار
والايلا واللعان والخلع والرجعه وهو سبب للميراث
كالقرابه وهذه خصايص لا تعرب عنها العبارات الموضوعه
لساير العقود ولفظ الانكاح والتزويج لا ينبي عنها بوضع
اللغه وانما ورد الشرع به فاتبعنا مورد الشرع ولم نعقل
معناه حتى نعديه الى غيره فان مقصود النكاح انما هو السكن
والازدواج والاشتباك والامتزاج والتواصل والتناسل
وهذا عقد مخصوص وضع على هذا الوجه وانما الحق غير
المنصوص بالمنصوص بعد فهم المعنى في موضع النص واذا لم نعقل
فيه معنى اقتصرنا على موضع النص ولا نتعداه الى غيره كما في لفظ

الشهاده وهذا بخلاف الطلاق فانه رفع للحاجه فيكون فيه
ادنى خيال العقد جلبت للحاجه فلا بد من لفظ يحوي المقصود
اذا انفرد ذلك فنقول الذي قطع به اصحاب الشافعي عن آخرهم
ان المعقود عليه في النكاح هو المنفعه واصحاب ابي حنيفه
يختلفون في ذلك والذي عليه اكثرهم ان المعقود عليه في النكاح ح
هو عين المراه وذاتها وقد استحسن بعض المتاخرين منهم
من ذلك فقال المعقود عليه في حكم عين والذي يدل على ان
المعقود عليه هو المنفعه ان المعقود عليه في كل عقد
ما هو المقصود المبتغى من ذلك العقد وقد راينا المقصود
المبتغى من عقد النكاح المنفعه والاستمتاع وهو الذي
يقصد الزوج منها فانه لو قيل لم تملك عينها قال لا بل المنفعه
وكذلك الولي انما يقصد منفعتها والا فالعين حره لا تقبل
التمليك فان الحره لا تدخل في الملك فيستحيل ان تملك واذا ثبت
ان المقصود هو المنفعه كان هو المعقود عليه الا ترى ان
البيع لما كان المقصود فيه العين والاكل عين تشابها المنفعه

كان المعقود عليه عينا تنشا فيها المنفعه وبهذا المعنى فارق
البيع الاجاره فان الاجاره لما كانت المقصود منها مجرد
المنفعه قلنا هو المعقود عليه في الاجاره وهل اصل يطرد
في ساير العقود فان قالوا اذا كان معقود النكاح هو
المنفعه فكان ينبغي انه اذا صرح وقال ملكتك منفعتها
ان ينعقد لانه صرح بالمقصود وما كنى قلنا لا ينعقد لما
بيناه من ان النكاح ليس فيه ملك بل حكمه الزوجيه الشرعيه
وكيف يقدر ملك الزوج في المراه والمنفعه مشتركه
بينهما فان قالوا اذا دل النص على ان النكاح ليس فيه ملك
وكان ينبغي اذا قال لا ملك لي عليك ان لا يقع الطلاق
لانه ما ازال ملكه قلنا الطلاق خرج مخرج ... فيكفي فيه ادنى حال
من مشابهة الزوال ولهذا يقع باللفظ الفاسد والاضافات
البعيده فانه لو قال طلقتك نصف طلقه وقع او طلقتك
في شهر في جميع الشهر فان قالوا هو كلام لمن سهل التعبير
عن الشي باسم ما يول اليه مجاز شايع في اللغه وسلمنا من هذا

القبيل فان ملك الرقبه يول الى ملك المنفعه وهو سبب
فيه فاذا قلنا ملكتك بنتي فقد تعرض للسبب الذي يفيد ملك
المنفعه فينبغي ان يصح قلنا باطل من وجهين احدهما ان ملك
الرقبه انما يول الى ملك المنفعه في محل قابل للملك وقد بينا
استحاله الملك لحقيقه واذا استحالت الحقيقه استحال المجاز
المبني عليها الثاني ان ذلك باطل بما اذا قال ملكتك منفعه بنتي
فانه لا ينعقد به مع التصريح بالمقصود وربما تمسكوا بنكاح
رسول الله صلى الله عليه وسلم والحاقه ماخذ لمذهبهم وقالوا
خالصه بنص الكتاب وقوله تعالى وامراه مومنه ان وهبت
نفسها للنبي ان اراد النبي قلنا المراد بقوله وهبت انها زوجت
نفسها من النبي بلفظ الهبه انما المراد بذلك انها اذعنت
وانقادت لامر الرسول عليه السلام والدليل على ذلك انه لما
ال الامر الى العقد قال ان اراد النبي ان يستنكحها خالصه
ولم ينقل عن النبي عليه السلام انه عقد نكاحا قط بهبه
امراه فان قالوا فما معنى قوله خالصه لك قلنا وما معناه

عندكم وان تقولون لا يختص بعدل قلنا هذا تاويل **مسألة**
السيد لا يملك تزويج عبده البالغ اجبارا على القول الجديد وهو
الصحيح عندنا خلافا لهم ولنا في اجبار العبد الصغير طريقان
منهم من قال فيه قولان كما في الكبير ومنهم من قال يجوز اجباره
قولا واحدا ولا خلاف في اجبار امته وما حل النظر ينقح
مناط الحكم في اجبار الامة فنستند اجبارها عندنا ان
مورد عقد النكاح منفعة البضع وهي مملوكة من الامة
دون العبد فله نقلها وتمليكها وعندهم ملك الرق وذلك
موجود في العبد وقد استقصينا تقرير الماخذين في الملة
السالفة وربما عللوا الاجبار باستصلاح الحال وقاسوا
على الفصد والحجامة وشرب الدواء وهو فاسد فان الاستصلاح
انما يحصل بطريق الوطي وهو غير مجبر عليه بل هو قادر على الطلاق
بخلاف الفصد والحجامة وشرب الدواء فان الاستصلاح
يحصل بعين ذلك وربما جعلوا ماخذ الاجبار الولاية على
العبد وقالوا اجمعنا على ان بعد العتق له ولاية على الحل

لا من آثار ملكه فلا يكون له ولاية بحقيقة الملك اولى قلنا
باطل من وجهين احدهما ان السيد لا يتصرف في العبد
طلبا لمصلحة العبد وانما يتصرف طلبا لمصلحة نفسه ولم يحصل
من مصلحة العبد فلا يحصل به الا ما يوجد في حقه كمال شفقة
يعود الى ذاته وما ثبوت الولاية بعد العتق فلا نسلم ان ذلك
اثر من آثار الملك بل ذلك بسبب تجدد وهو الاعتاق
والانعام فانه اخرجه من كتم العدم الى الوجود قال
الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم
الله عليه بالاسلام وانعمت عليه بالاعتاق فسماه انعا م
وذلك يقتضي ثبوت ولايته عليه واما ان نقول هل علم اثر
من آثار الملك فهلا اذا الملك لم يوله ابدا اصلا الثاني انه
لا يشبب لهذه الولاية الا ملك الرقبة فتسبب لهذه الولاية
ولا اصل يقاس عليه سوى الامة وقد بينوا الفرق بينهما
بما اغني عن الاعادة **مسألة** نكاح الاخت
في عدة الاخت البائنة جائز عندنا وقال ابو حنيفة لا يجوز

وهكذا الخلاف في نكاح اربع سواها وما خذ النظر يعرف
حكم الابنه المحرمه للجمع بين الاختين فان الله تعالى ذكر الجمع ولم
يذكر المجموع فهو عند الشافعي محمول على الجمع بين الاختين وعند
ابي حنيفه الجمع بينهما في الوطي ويدل على صحه ما ذهب اليه
الشافعي وبطلان ما صار اليه الخصم امران احدهما دلاله
نظم الكلام قال الله تعالى ذكر المحرمات في النكاح وعطف
الجمع بين الاختين على تحريم ذوات المحارم في النكاح والظاهر
مشاركة المعطوف للمعطوف عليه في الحكم الثاني ان تحريم
الجمع في النكاح مراد بالاجماع فلو جعلنا غيره مرادا لزم منه
اما الاجمال والابهام على احد التقديرين وتعميم المضمر على التقدير
الثاني وكل واحد منهما ممتنع على ما عرف في الاصول ثم ما تخيلوه
من تحريم الجمع في الوطي باطل فان الجمع في الوطي لا يتصور لوقوعه
متعاقبا فان قالوا المراد بالجمع في الوطي جمع مايه في رحم اختين
وهذا اذا تزوج اخت المختلعه والمعتده ورحمها مشغول بمايه
فقد جمع مايه في رحم اختين قلنا باطل بمسئلتين احدهما

اذا وطي مستولدته التي اقر بحملها فانه يجوز له ان يتزوج باختها
في الحال وان وطاها الثانيه اخت الامه المعتقه في الاستبراء اذا
تزوجها ووطيها فانه جامع ماءه في رحم اختين ولم يحرم فان قالوا
فقد قال صلى الله عليه وسلم ملعون ملعون من جمع ماءه في رحم
اختين وروي ايضا من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يجمع
ماءه في رحم اختين قلنا تاويل الحديث لا يجمعن ماءه اذا كا ن
قادرا على الجمع والشغل وذلك في ملك اليمين بان يكون
في ملكه اختان فيقدر على وطيهما فيمتنع من ذلك اما في مسئلتنا
فلا يتصور لانه غير قادر على الجمع والشغل فان قالوا معقول
اشار اليه صاحب الشرع حيث قال لا تنكح المراه على عمتها
ولا على خالتها لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على
الصغرى فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامهن فعقلنا
المعنى وان ذلك مما يدل لعداوة والنقصان والمضا عنه
والمغايظه المفضيه الى قطيعه الرحم التي نهى الشرع
عنها قالوا وهذا المعنى موجود في التزويج حال قيام

العده فانه يودي الى معايطه الاخت لانها ماخذ روجها
وبينها قلنا ليس المحرم مطلق المعايطه اجماعا بل المعايطه
الجازيه في النكاح بدليل ما اذا تزوج اختها ثم طلقها
في مجلس العقد وعقد على اختها في الحال فان هذا يودي
الى معايطتها سيما اذا كان يسوال اختها وبدلها الاموال
له ثم لا يمنع من نكاح اختها واذا ثبت ان المحرم هو
المعايطه الجاريه في النكاح فذلك غير موجود في مسئلتنا
فان المعنى الموجب لها هو التراحم على مقصود النكاح
والاجتماع في امور خاصه من القسم والبينونه وهذه
الامور قد زالت بالبينونه بالطلاق الثلاث فانتفت
المعايطه المحرمه فان قالوا العده خلف عن النكاح من حيث
انها من حقوق النكاح واثاره وخلف الشي يقوم مقامه
قلنا لا نسلم ان العده خلف النكاح فان العده عندنا
موجب شغل الرحم بالما المحترم لا موجب النكاح وكذلك
يثبت في الوطي بالشبهة ولا تجب عند عدم الدخول

ويتقدر بالاقرا دون الاشهر بخلاف عده الوفاه
ثم وان سلمنا انها موجب النكاح واثره لكن لما قلتم
انها تقوم مقام الحقيقه الا ترى ان بعد انقضا العده تبقى
محرمه على الزوج وابنه وتدوم حرمه المصاهره عليها ثم
لا يقال هذا اثر النكاح فليدم بسببه المنع من الجمع الذي
هو موجب نفس النكاح واعلم ان حق النظر في هذه
المسله من جانبنا ان نعتمد على التمسك باستصحاب الحال
الثابت في حق هذه الاخت بان نقول الاصل في حقها
الحل الى ان يتجدد مانع ويستدل عليه بعموم اللفظ
والمعنى اما اللفظ فقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم
فانكحوا ما طاب لكم من النسا والمعنى هو ان كل اجنبيه
ليست بمحرم فهي على الحل وهذا الرجل في حقها من اهل
الحل فيتمسك بهذا الاصل الا ان يدعي الخصم وجود
مانع فيطالب بتحقيقه ومتى لم يسلك المعلل الشافعي
هذا الطريق فقد اشتغل بان انتفا النكاح في حق الاخت

الاخت البائنه افضى به الى الانقطاع لانه ذا قال
المحرم هو النكاح والنكاح قد زال قال له الخصم هب
ان النكاح قد زال لم قلتم ان لا محرم سواه ولم لا يجوز
ان يكون ثم سبب اخر يخلف النكاح ويحرم وكلما
ذكر شيئا قد زال يقول الخصم لا يجوز ان يكون ثم اخلف
اخر فلا يمكنه الاستدلال لان بعض الطرق يوقف سره على الاصول
ان حاصله يرجع الى الاستدلال بنفي العله على نفي الحكم
وذلك باطل الا في صوره يقع الاتفاق على ان العله علة الحكم
واحده فيكون الحكم حينيذ متعلقا بتلك العله لا غير فاذا
زالت العله زال حكمها ضروره اما اذا جاز ان يكون
هناك علة اخرى لذلك الحكم فكيف يستدل بنفي عله
من العلل على نفي الحكم مطلقا ومثال ذلك قول القايل
لم يغصب فلا يجب عليها الضمان فيقال له هذا باطل
لانه يجوز ان يكون الضمان واجبا بسبب اخر غير الغصب
بل لو قال لم يغصب فلا يجب عليه ضمان الغصب كان

ذلك صحيحا لان علة ضمان الغصب هو الغصب دل
ان الاعتماد على الطريقه التي ذكرناها وان الاصل في حقها
الكل الى ان يجد مانع **مسئله** الزنا لا يوجب
حرمة المصاهره عندنا خلافا لهم وصورة المسئله ان زنى بامرأه
فلا يحرم عليه عندنا ان يتزوج بامها او ابنتها وكذا لا يحرم
على الموطوءه اصول الواطي وفروعه وعنده يحرم وللمسئله ماخذان
احدهما اختلاف الفريقين في مسمى النكاح في قوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النسا الا ما قد سلف فابو حنيفه
حمله على الوطي وقال النكاح في اللغه عباره عن الوطي
فيجب ان يحمل على موضعه الى ان يوجد الدليل المغير لان الكلام
بحقيقته الى ان يقوم دليل المجاز قالوا وقد ورد في الشرع
بمعنى الوطي قال الله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وحيث
ورد في الشرع بمعنى العقد فلاجل انه سبب للوطي فعبر
بالسبب عن المسبب والشافعي يقول معناه العقد انه لم
يرد في الشرع مطلقا الا واريد به العقد قال صلى الله عليه

لا نكاح الا بولي وشهود ويقال حضرنا نكاح فلان وانما
يراد العقد فاذا اطلق من الشرع وجب صرفه الى المعهود
الشرعي حمل في بعض المواضع على غير الدليل العقد فدليل
اما قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وانما حمل على الوطي
بدليل خبر رفاعه فانه قال صلى الله عليه وسلم
اتريدين ان ترجعي الى رفاعه لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق
عسيلتك وصار لفظ الصلوة فانها عند الاطلاق تنصرف
الى المعهود الشرعي وهو الافعال المخصوصة فان جاز ان
يحمل في بعض المواضع على الدعا كما في قوله تعالى ان الله
وملائكته يصلون على النبي وروي ان النبي صلى الله عليه
صلى على ال ابي اوفى اي دعا انا لا نسلم ان لفظ النكاح
مجاز في العقد فان العرب كانت تستعمله في الوطي والعقد
بدليل ان النكح والنكح لغتان كانت العرب تزوج بها
وكان يقال الام خارجه عند الخطبه خطب فتقول
نكح حتى قالوا اسرع من نكاح ام خارجه وقال الشاعر

لصلصله الحلم مراس طرف احب لي من ان تنكحي
اي تتزوجي في الماخذ الثاني وهو الماخذ الفقهي ان تحريم
المصاهره عند ناس تبعا للتحريم من حيث ان النكاح
يفضي الى اشتباك البيوت وتداخل العشاير ولو حرم بعضهم
على بعض وذلك ان الرجل اذا تزوج امراه وضرب عليها الحجاب
وكل يفارقها النفس دعت الحاجه الى دخول امها وابنتها
عليها فان قلنا لا يدخلون ادى الى حرج وضيق وكربما في
الوصله المطلوبه بالنكاح واذا اعتادوا عن الاحتجاب
دفع الشرع من بينهم رفع الحجاب واثبت جواز النظر
تيسيرا وتسهيلا عليهم وبعد ان جوزوا النظر لو نعع طمع
البعض لادى الى الوقوع في المحذور والنفس امارة
بالسوء فلا يؤمن خيانات البصر وخطاب الفكر فينزع
الشارع الشهوه عن قلوب الرجال والنسوان باثبات الحرمه
المؤبده فان من علم انه لا سبيل له الى الوصول اليها انقطع طمعه
الا عن الحرام فاثبت الشرع تحريم المصاهره تبعا للتحريم

فقال له النظر اليها مع وطء طمعك عن نكاحها فانها امك
وبنتها بنتك فصارتا في الحقيقة كذوات محارمه فيبطل التمني
ولا يطمع في نكاحهن لان للقضايا الشرعية وقع في نفوس
المتدينين وهذا المعنى معدوم في الزنا اعني حاجة التزاوج
والدخول فانتفت المحرمية وتحريم المصاهرة التي من توابعها
وابو حنيفة علل تحريم المصاهرة في الوطء المباح بالبعضية
الحاصلة من الزوجين بواسطة الولد الذي يحطى الحق
من ابويهما فان الولد بعض لكل واحد منهما فصارا اصلا
فرع واحد والوطء يفضي الى البعضية قطعا وذلك
لا يختلف بالحلال والحرام فثبوته في الزنا كثبوته في الوطء
الحلال والواو دليل هذه البعضية قول عمر رضي الله عنه
حين سئل عن بيع امهات الاولاد ابعد ان اختلطت
لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن تريدون بيعهن
وشبهوا هذا بالرضاع المحرم وهو اذا عصب لبن
امراة واوجر صبي فان المغير فيه وصول اللبن الى الجوف

دون صفة الفعل والى هذا اشار محمد بن الحسن
بقوله وطئ وطئ فما نهى افترقا ان قالوا فيدل على تحريم المصاهرة
في وطء الشبهة وملك اليمين مع انتفاء العقد والجواب
نقول دعوى البعضية لا وجه لها فانا لا نسلم اولا
ان بين الوالد والولد بعضية بل هو فضلة مستحيلة
انفصلت عنه كسائر الفضلات اجرى الله سنته
بخلق الولد منها وان سلمت من الولد فانه من يمكن دعواها
من الابوين وهما شخصان مستقلان وليس يلزم من كون
الولد جزء كل واحد منهما ان يكون كل واحد منهما جزء الاخر
كما لو قطعا غصنين من شجرتين اتخذا منهما بابا فان الجزئية
بين الغصن وشجرته ولا جزئية بين الشجرتين ثم الذي يقطع
دابر هذا الكلام ان البعضية المحرمة في تحريم الموطوءة
وابنتها اذا كانت مستفادة من الموطوءة ومتعدية اليها
بواسطتها وجب ان يكون محرمة في حقها اولا بصور ل
بتعدي التحريم الى اصولها وفروعها فاما اذا لم يوثر في

في غير محلها واما الرضاع فالتحريم فيه مستفاد من النص
ولتبين محلا لايحرد البضعيه عندنا ثم دليل انتفا البضعيه
طلقا انتفا النسب فانه عباره عن حقيقه البضعيه
طلقا انتفا النسب فانه عباره عن حقيقه البضعيه ولما
ثبوت تحريم المصاهره في وطي الشبهه وملك اليمين فممتنع
على وجه للشيخ ابي اسحق الاسفرايني ظنه فان لا يثبت تحريم
المصاهره الا في الوطي المباح في صلب النكاح في التحليل
والتحصين وعلى التسليم سوال نما اثبتنا تحريم المصاهره
في هذه المواضع بدليل اخر لا بهذه الابه على انا نعارض
ذلك بما يبطل اصل ماخذكم وذلك ان ابا حنيفه
نص على ان الرجل اذا لمس امراه بشهوه او نظر الى فرجها
بشهوه حرم عليه امها وابنتها مع انتفا الوطي المحرم
عندكم فبطل التعليل بالبعضيه فان قالوا اللمس بشهوه والنظر
داعيه الى الجماع قلنا باطل فان سبب هذا حقيقه الوطي
وما وجد **مسئلة** اذا زنى بامراه فاتت ببنت
لم يحرم عليه التزويج بها وقال ابو حنيفه رحمه
الله

نكاح المولود من الزنا حرام واعلم ان هذه المسله فرع المسله
المتقدمه فان ماخذها ادان الحرمه على البضعيه الحقيقيه عند هم
بناء على انها مخلوقه من مايه وماو جزوه فقالوا تحريم هذه البنت
تحريم مصاهره لانها بنت من وطيها لا انها بنته وموضع الخلاف
مع ابي حنيفه في هذه المسله على هذا الوضع اعني في النسبه
واثباتها من الجاهلين بين جهل بحقيقه المسله وقد استدلوا
على اقتضا البضعيه التحريم بمسلتين احداهما ثبوت التحريم
من جانب الام في الزنا الثاني تحريم المنفيه باللعان مع ان الشرع
قطع نسبها بالكليه قالوا ووجه مناسبه البضعيه التحريم
ان النكاح فيه ارقاق واذلال للانسان بنفسه وبعضه حتى
لو اشترى امه واباه وابنه وهم كفار لم يرقوا ولو اشتراهم
عتقوا عليه والشافعي بنا مذهبه على ان قيام دليل الحل في
حقها وهو عمومات الكتاب والاخبار كلها وانتفا المانع المحرم
وهو النسب الشرعي فهالا يثبت البه فلا يحرم عليه نكاحها
كسائر الاجانب ودليل انتفا النسبه انتفا اثارها من الميراث

والنفقه وولايه الحضانه والتزويج والحرمان في الوصيه
فيما اذا اوصي لبنات فلان وما ذكروه من دعوي البعضيه
في حق الاب فقد ابطلناه في المسله السالفه والذي
يريد هنا ان نقول تريدون بالبعضيه حكم الشرع او حقيقة
عقليه ان اردتم حكما شرعيا فقد بينا انتفا الاحكام كلها
وان اردتم البعضيه الحقيقيه فباطل لان الولد ليس هو
بعض الوالد حقيقه وانما يتحقق حقيقه البعضيه فيما كان
متصلا بالانسان اتصال خلقه كاعضايه وهذه الحقيقه
غير موجوده هاهنا فان قالوا هو مولود منه قلنا متولد
من فضله منه تقذفها الطبيعه فلو جاز ان يقال ما تولد من
هذه الفضله بعضه لجاز ان يقال كل حيوان تولد من فضلاته
بعضه فان قالوا الدليل على وجود البعضيه ان الولد ينزع
الى الوالد خلقا وخلقا وصوره وهذا يدل على انه بعضه
قلنا قد يشبهه وقد لا يشبهه فليس هذا بامر مطرد وانما
الشبهه امر يخلقه الله ابتدا رحمة منه على العباد لتحصيل

التحنن والشفقه على الاولاد **الجواب** الثاني
سلمنا ان بينهم بعضيه لكن لم قلتم البعضيه محرمه قولهم
ان الشرع حرم على الانسان ان يستمتع ببعضه قلنا ولم
عليه ذلك واي مناسبه في البعضيه تقتضي التحريم فان قالوا
كما قلنا في المنسوبه اليه قلنا المحرم هناك حكم الشرع لا حقيقه
البعضيه واما ثبوت الحرمه من جانب الام فاعتبار ثبوت
نسبها من الام وذلك مشكل علينا وعليهم لانه سبب الارث
والنفقه وساير الاحكام مع قيام الزنا والاخذ العدوان
مناط النسب البعضيه المحسوسه والمستنده الى سبب
شرعي وهي من جانب الام محسوسه فان النطفه تنفصل
من الاب وهي فضله وليست بانسان وينفصل الولد من
الام انسانا وكذلك يتبع الام في الحريه والرق ولا يتبع الاب
فالمعتبر من جانب الاب الفراش ومن جانب الام الانفصال
المحسوس اما المنفيه باللعان فلا نسلم انها تحرم فان سلمنا
فلوجود شبهه الانتساب وكذا لو استلحقه لحقه وفي مسلكنا

لو استلحقه لا يلحقه فافترقا مسألة الاب اذا وطي
جارية ابنه فاحبلها وجب عليه المهر والقيمة قال ابو حنيفة
يلزمه القيمة دون المهر وتفصيل المذهب انه اذا وطي ولم
يحبل وجب المهر ولا يلزمه القيمة بحال لان ملك الابن قائم
ولم ينقص عينها ولا قيمتها وتحريمها على الابن لا يوجب ضمان قيمتها
كما لو كان له امة صغيرة فارضعتها امرأته فاما اذا احبلها فانه يجب
عليه المهر والقيمة عندنا وعندهم لا يجب الا القيمة والمهر
يندرج وساعدونا في وطي احد الشريكين اذا وطي الجارية
المشتركة فاحبلها فانه يجب عليه نصف المهر ونصف القيمة
وللمسألة ماخذان احدهما قولهم ان ضمان الجزء داخل في
ضمان الكل ويندرج في ضمان الكل والفائت بالوطي جزء
من المضمون من القيمة وضمان الجزء يندرج في ضمان الكل كما لو قطع
يده فسري الى نفسه فان ضمان اليد يندرج في ضمان النفس
وزعموا ان الوطي والانزال في حكم الشي الواحد فان الانزال
سراية الوطي في محله فينزل منزلة سراية الجرح وهذا الماخذ

مبني على فاسد معتقدهم ان منفعة البضع تجري مجرى الاجزا
والاعيان وقد دللنا على فساد هذا الاصل في مواضع وبينا
ان المستوفي منفعة لا جزء وانما نوجب القيمة في مقابلة الملك
المنتقل بالاستيلاد والمهر في مقابلة استيفاء منفعة البضع وكيف
يستقيم القياس لو قطع يد غيره ثم حز رقبته لم يجب الا
دية واحدة ولو وطئها ثم قتلها يجب المهر والقيمة وقالوا وقولهم
ان الوطي والانزال في حكم شي واحد ممنوع بل هما فعلان لو طي
اوجب المهر مقابلة الالتذاذ الذي حصل له وقام به والاعلا ق
اوجب القيمة في مقابلة ملك الغير وقد ينفصل احدهما
عن الاخر فانه قد يطا ويمسك ويطا وينزل ولا اعلاق
من الانزال لا من نفس الوطي الماخذ الثاني اختلاف الفريقين
في وقت انتقال الملك في الجارية الموطوءة الى الاب بعد الانفا ق
على اصل الانتقال فعندنا ينتقل الملك منها الى الاب حالة
العلوق اعني حالة انفصال النطفة وهو اخر جزء من الوطي
وعندهم ينتقل من اول زمان الوطي فرعوا هذا بان قالوا

وقع الاتفاق على ان حصول الاستيلاد وكون الولد ينعقد حرًّا
لا ولا عليه ولما كان الاجماع حاصلاً على هذا الحكم لم يكن بد من
تقدير نقل الملك لينعقد الولد في ملكه فيكون حرًّا اذ لو لم يقدر
الانتقال حالة وطي الاب لزم ان يكون وطي الاب حراما لانها
فان الجارية ملك الابن من كل وجه لا حق للاب فيها وولد الزنا
لا نسب له وملك الانسان كما يزول بسبب مباشرة اختيارا
فقد يزول دونه كالمضطر يملك مال الغير دون اذنه والشفيع
يملك فان المشتري بدون رضاه وكذا يزال ملك الوالد عن
نفقه ولده اذا امتنع وما نحن فيه من هذا القبيل قالوا واذا
كان لا بد من تقديم الملك على العلوق في اخر جزو من الوطي
وجب ان يكون الملك متقدما على الوطي ايضا لان اول الوطي
كاخره واخره كاوله وهو خطة واحدة وان تعددت حركاته
وتعلق عليها حكم واحد قالوا وصار هذا بمنزلة الرضاع لما
كان التحريم يتعلق بخمس رضعات ولم يتعلق بما دونها
عند الشافعي اذا اجتمع خمس رضعات كان التحريم متعلقا

بالجميع وصار مجموع الرضعات هو المحرم وجعل الجميع في حكم
خطة واحدة واذا ثبت هذا فيكون وطي الاب حينئذ ملاقيا
ملك نفسه فيمتنع وجوب المهر عليه **الجواب**
نقول لا نسلم انه لا بد من تقديم تسليم الملك الى الاب لانعقاد
الولد حرا غير ان هذا الحكم يثبت بطريق الضرورة فينبغي ان
يتقدر بقدر الضرورة وذلك حاصل بتقديم الملك على
العلوق فلا حاجة الى تقديمه على الوطي قولهم ان الوطي خطة
واحدة واوله واخره سوى احد باطل فانه قد ينفصل اوله
عن اخره واخره عن اوله اذ قد يكون اوله شبهة ثم يصير
اخره حلالا بان يشتري امة بشبهة ثم انه يشتريها له وكيله
وهي اثنا الوطي فقد يكون اوله حلالا واخره حراما بان تقول
ان وطئتك فانت طالق ثلثا فانه اذا ابتدا الوطي طلقت
ويصير اخره وطيه حراما واذا كان اخر الوطي ينفصل عن
اوله واوله عن اخره بطل ان يقال هو خطة واحدة وهذا
ظاهر لا مرا فيه **مسئلة** لا يجوز للحر نكاح الامة

الا بشرطين احدهما انه لا يملك صداق حرة والثاني ان يخشى
العنت وهو ان يخاف ان لم يتزوجها دعته نفسه الى الزنا
وقال ابو حنيفة ان كان تحته حرة حرم عليه نكاح الامة
وان لم يكن تحته حرة لم يحرم عليه ومأخذ النظر تعارض
الاصلين من الجانبين فالاصل عند الشافعي في نكاح الاما
التحريم والجواز ثبت رخصة في حق العاجز عن صداق
الحرة عند خوف العنت فمتى فات احد الشرطين بقي
على اصل الامتناع وتقرير هذا المأخذ من وجهين احدهما
ان نكاح الامة شرع بدلا عن نكاح الحرة عند خوف العنت
بدليل قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات
المؤمنات فمن ما ملكت ايمانكم فانها صيغة مشعرة بالبدلية
كما في قوله تعالى في اية الكفارة فمن لم يستطع فاطعام ستين
مسكينا اي من لم يقدر على الرقبة فليطعم واذا كان العجز
عن الاول شرطا في المصير اليه امتنع المصير اليه مع انتفاء العجز
تحقيقا لمعنى البدلية الثاني ان الانسانية تنافي ملك

اليمين وملك النكاح جميعا اضد قال عليه السلم النكاح رق
غير ان الناظر الحكيم باثبات الشهوات في الجبلات اوجب
شوق الاناث الى الذكور والذكور الى الاناث فدعت الحاجة
الى تحصين العشيرة وكف الطايفتين عن الوقوع في المحذورات
فانحصر ملك النكاح طريقا في حق الحراير التزاما للمحذور
والاولى لان الاضرار بقدر الضرورة لمعنى التوالد والتكاثر
وصونا للاولاد والانساب عن الضياع وهذا المعنى هو
الذي يقتضي ان لا يشرع نكاح الاما لما فيه من تعريض الولد للرق
الذي هو الهلاك حكما ولذلك يتخير الامام في اسارى الكفار بين
القتل والاسترقاق غير انه رخص فيه عند تعذر الوصول
الى الحراير لخوف العنت وعند طول الحرة مع ما فيه من محذور
ارقاق الولد وذل الابد فاذا فقد المبيح الرخص وجب ان
يعود الامر الى ما كان واصله ما اذا كان تحته حرة وقال
ابو حنيفة الاصل حل نكاح الاما فان امتنع في صورة كان
لعارض دليل واستدل على ذلك بامرين احدهما ان النصوص

الداله على شرعيه النكاح كقوله تعالى فانكحوا ما طاب
لكم من النساء وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم
ثم تفرق بين نكاح الحراير والاما الايه فلا نسلم انها
تدل على البدليه فان مقتضاها وجود الحكم عند الشرط
لها انتفاه عند انتفا الشرط فليس فيها ما يدل عليه ويدل
على بطلان البدليه ما نكح حره على امه فانه يصح ولا
يبطل نكاح الامه ولو كان نكاح الامه بدلا عن نكاحها
لما تصور اجتماعهما كما في صوره التنازل لو ا وقولكم انه
مرق للولد باطل فان عقد النكاح ليس سببا لارقاق
الولد بل النكاح سبب للانزال الماء في الرحم وهي
فصله مهيبه لا توصف بالرق والحريه لكونها جماد ا
والرق انما يثبت من الحمل لامن وضعه الما ولهذا لو
اخذت ما الرجل فحملته انعقد الولد رقيقا واذا كان
كذلك فلا يجوز اضافه الارقاق اليه بل الولد ينعقد
رقيقا بسبب رق الام وكذلك يتبعها في الرق والحريه

ولا مناسبه بين العله والحكم **والجواب** نقول
قد بينا ان نكاح الامه شرع بدلا عن نكاح الحره على ما
سبق واما التمسك بالايات فلا يصح فانها وردت
في نكاح الحراير خاصه بدليل انه عطف عليهن الاماء
بقوله ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات
والمعطوف لا بد ان يغاير المعطوف عليه فدل ان المعطوف
عليه في الحراير خاصه قولهم ان الايه دلت على وجود الحكم عند
وجود الشرط اما انتفا الجواز عند انتفا الشرط فمسكوت عنه
قلنا الشرط اذا علق الحكم عليه فالظاهر انه ناط به فيوجد
عند وجوده ويعدم عند عدمه والا فلغوا ذكر الشرط
قولهم ان الولد انما يرق برق الام لا بعقد النكاح قلنا مسلم
لكن نعني باضافه الارقاق اليه انه اقتدر على ان لا يعرضه بان يرد ع
نطفته في رحم حره فيصير حرا فلما اختار وضعها في هذا المحل
نسبنا الفعل اليه قال صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم فجعل
الاختيار الناس في وضع الما في محل شريف **مسله** لا يجوز

للحر المسلم نكاح الامة والكتابية عندنا خلافا لهم ومأخذ
النظر ما اسلفناه في المسألة السالفة من ان الاصل تحريم
نكاح الاما وانما جوزه الشرع رخصة بشروط عند الحاجة
والضرورة فقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح
المحصنات المؤمنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات
الى ان قال ذلك لمن خشي العنت منكم وان تصبروا خير لكم
فكل هذه التقييدات والندب الى الترك وتفخيم الامر
في ذلك دليل على ما ذكرناه والذي نريده ها هنا ان المقصود
من النكاح امران التناسل والتواصل وكلاهما مدخول في
حق الامة اما التناسل فمختل لان الولد ينعقد رقيقا والرقيق
على الحقيقة كالمعدوم لانه منقطع عن الاب في الاحكام
كلها لا ينفق عليه ولا يربيه ولا يتولاه وربما قطع عنه فلا يراه
فهو في حق نسله موجود ومن حق والده مفقود فان ولده
من الامة كالضائع في حقه واما المقصود الثاني من النكاح هو الوصلة
والازدواج والسكن والامتزاج وقضا الوطر فمختل ايضا

١٢٣
في حق الامة وذلك لانها لا تسكن الى زوجها الا بعد
الفراغ من خدمة سيدها والسيد مسلط على المسافرة
بها شرقا وغربا فيبقى هذا الزوج ابدا ينتهز الفرص ويجرع الغصص
في الاستمتاع بها في اوقات مختلسة واذا ثبت ان الاصل
عدم النكاح في حقهن دل ان جوازه كان رخصة والرخص يتبع
فيها موارد النص وقد قال عز من قائل من فتياتكم المؤمنات
فنزل من العموم الى التقييد بالشروط فيجب ان يتبع فيه الشرع
ولا يلغى فان قالوا ذكر الايمان من شرطه ارشاد الى الاصوب
والاصلح الاخرى بحملنا وذلك مقتضاه الاستحباب لا الايجاب
كما قال في اخر الاية محصنات غير مسافحات ثم يجوز نكاح غير
المحصنة قلنا هذا تاويل يحتاج الى ان يعضده دليل وقد بينا
ان الاصل لا يجوز نكاحها فينتهض الظاهر نصا لاعتضاده
بالاصل وابو حنيفة يدعي ان الاصل حل نكاح الاما والتحريم
ثبت لعارض والامة الكتابية يستباح وطيها بملك اليمين فجاز
ان يستباح بعقد النكاح وقرروا هذا بان قالوا لا يخلوا اما ان تتولوا

هذه الامه محل للحل او ليست محلاً للحل ان قلتم ليست محلاً
للحل فباطل لانها لو لم تكن محلاً للحل لما حل لاحد لما استباح وطيها
بملك اليمين كالوثنيه والمجوسيه وان قلتم هي محل الحل فاذا كانت
هي محل الحل والنكاح سبب الحل فقد اضاف سبب الحل
فقد اضاف سبب الحل الى محل الحل فالمانع من ذلك شرعاً
وقد اضاف الى سبب الشي الى محله وقرروا هذا بان الملك
بالنكاح اقوى من الحل بملك اليمين بدليل انه لو اجتمع الحل بملك
اليمين والحل بملك النكاح قدمنا الحل بملك النكاح لقوته
كما لو اشترى امه ووطيها ثم تزوج اختها فانه تحل المنكوحه
وتحرم المملوكه واذا كان الحل بالنكاح اقوى من الحل بملك اليمين
ثم كانت هذه الامه محلاً لاضعف الحلين فلان تكون محلا
لاقواهما كان بطريق الاولى **والجواب** عن هذا ان
نقول ما ذكرناه من دليل تحريم نكاح الاما ينعكس في الوطي
بملك اليمين وذلك انا قلنا نكاح الامه على خلاف نكاح
قياس الانكحه بدليل انه خالفه في مقصوده الذي اراد النكاح

لاجلهما اما الوطي بملك اليمين فما خالف قياس جنسه ولا زايل
وضع اصله بل هو جار على منهاجه منطبق على اصله والذي
يدل على الفرق بينهما ان الاصل في النكاح هو نكاح الحره و الحره
تعقد النكاح عليها لتصير مسلوبه المنفعه لاحظ لها في منافع
بدنها بعد ان كانت مالكه لها حتى لو ارادت ان تواجر نفسها لطبخ
او غيره لم يكن لها ذلك بغير اذن زوجها وله منعها من الخروج
والبروز والزياده والعباده وكل ذلك معدوم في حق الامه
فان منافعها للسيد هو يستخدمها ويستوفيها وليس للزوج منعه
من ذلك فدل ان نكاحها مع رخصه وضروره فيجب ان يتبع
مورد الشرع في ذلك **مسله** الامه اذا اعتقت تحت
حر لا خيار لها وقال ابو حنيفه يثبت لها الخيار على الفور
في اصح القولين وفي القول الثاني على التراخي ومأخذ النظر
تنقيح مناط الحكم في محل النص وهو عتق بريره فانها عتقت
تحت عبد يقال له مغيث فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم
فتقول الشافعي ان ثبوت فسخ النكاح تحت العبد هناك

عليه اضرار نشا من نقص الزوج من حيث ان تقتضيه الرق لها
مزية على سائر النقائص وهي عار وشينه فلها اثر من في اختلاف
مقاصد النكاح فان الولد المقصود بالنكاح وولد الرقيق
كالمفقود بالنكاح فانه لا ينفق عليه ولا يربيه ولا يعقله ولا
يرثه فهو منقطع عنه بالكلية وهذا ضرر عظيم لا تحتمله الحرة
فان اولادها يكونوا كالبنات ثم هو ضرر في حقها ايضا فانه لا
ينهض بحقوقها ولا يبغي مؤنتها او هو مشغول عن مراعاتها
بخدمة السيد وهذا نقص لجواريه تقتضي خلاف نقص
النسب والفسق والفقر واذا ثبت ان نقيصة الرق لها
من التاثير والوقوع ما يصلح ان يكون مناطا لهذا الحكم فكيف
يلحق موضعا لا تقتضيه فيه اصلا لا يحل فيه نقيضه بعد هذا
تبين انقطاع الفرع عن موضع الوفاق وان التعليل فيه بجملته
فلا يتعداه وقد جمع الشافعي رح هذا في كلمة وجيزة فقال ما
تحت كامل فلا خيار لها كالكتابية اذا اسلمت تحت مسلم وقال
ابو حنيفة رحمه الله الخيار في موضع الوفاق انما ثبت بما نبه

به رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قوله لبريرة ملكت بضعك
فاختاري قالوا وهذا ايماء الى التعليل وتعليل الرسول عظيم
الموقع عند ذوي التحصيل ولا سبيل الى اطراحه وهذا المعنى يقتضي
ثبوت الخيار لها حال كان الزوج حرا او عبدا ونحن نقول هذا
باطل من وجوه احدها ان قوله ملكت نفسك فاختاري
زيادة في الحديث لم تثبت بل هي موقوفة على الاسود والنقول
في الصحاح ما رواه القسم بن محمد بن ابي بكر وعروة عن عائشة
رضي الله عنها انها قالت اعتقت بريرة وكان زوجها عبدا
فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان حرا لما خيرها
والمصير الى هذه الرواية اولى لان القسم ابن اخيها وعروة
ابن اختها وهما من المختصين بها واعرف بقضيتها فكانت هذه
الرواية مقدمة على رواية الاسود الثاني ان ذلك لو صح
فليس تعليلا ولا الفاظ التعليل وانما معناه ملكت الخيار
فاختاري فهو تعبير عن الحكم لا عن العلة وينبغي ان نفرق
بين التعبير عن التعليل وبين التعبير عن الحكم الثالث ان قولكم

ملكت نفسها لفظة لا حقيقة لها وانما يستعمل على سبيل
المجاز لان الشخص لا يملك نفسه باسره وانما يزول عنه حق
الغير واحكامه فعلى الحقيقة ليس هو الا اسقاط حق الا
حقيقة الملك لا يتصور لانه لو ملك نفسه لاحتاج ان
يكون ثم مالك ولا مالك الا هو فيصير هو المالك وهو
المملوك وذلك متناقض فيثبت ان قول القائل ملكت ~~نفسها~~
نفسها تجوز لا حقيقة له فما هو الا تشبيه فلو زوج ابنته وهي
صغيرة ثم بلغت فانها قد صارت مستقلة كاملة متصرفة
في امورها على اختيارها فلا خيار لها بعد ذلك مسئلة
النكاح يفسخ بالعيوب السبعة عندنا وهي الجب والعنة
والرتق والقرن والجنون والجذام والبرص خلافا لابي حنيفة
رحمه الله فانه قال لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب اصلا
ولهم خيار الفسخ عند الشافعي محصول في هذه العيوب
السبعة وان ما ذكرت مثلا حتى لو وجدنا عيبا
يضاهيها او مجموع عيوب يساوي احدها في القدح

من مقصود النكاح علقنا الخيار عليه وما ذكرنا ان النكاح
عندنا قابل للفسخ عند وجود سببه بدليل انفساخه
بالردة قبل المسيس وبعده واسلام احد الزوجين لو كانا
مجوسيين وخيار العتق وخيار البلوغ عندهم وخيار عدم
الكفاءة وانفساخه بالرضاع الطارئ والسر فيه ان النكاح
له مقصود اصلي يراد لاجله كما ان لكل عقد مقصودا يراد
لاجله فاذا وجدنا عيبا يؤثر في مقصوده الاصلي ويقدح فيه
اثبتنا فيه الخيار كما في سائر العقود ودعمت الحقيقة
ان النكاح غير قابل للفسخ بدليل الحقيقة والحكم اما الحقيقة
فهو ان الفسخ عبارة عن تصرف يوجب تراد العوضين بدليل ان ثم
ان تراد العوضين يحصل عقيبه في مواقع الاجماع والاختلاف
سواه والنكاح ليس نقلا من الجانبين بل هو اثبات حكم جديد
لم يكن قبل النكاح اذ المراة لا تملك من نفسها ما ملك الزوج
منها فلا يعقل فيه تراد العوضين اما الحكم فاحكام ثلاثة
احدها انه لا يقبل الاقالة والاقالة حل يستعقب تراد العوض

كما ان الفسخ حل للعقد يستعقب براد العوضين الثاني انه لا يعقل
شرط الخيار ولو كان قابلا للفسخ لصح شرط الخيار فيه كما في
البيع الثالث انه لو قال لزوجته اختاري فقالت اخترت
نفسي كان الواقع به طلاقا ولو قبل النكاح للفسخ لكان فسخا
كما لو قال احد المتبايعين لصاحبه اختر فقال اخترت
فانه يكون فسخا بالاتفاق قالوا ولا يلزم على هذا الجب والعنة
فان التفريق الثابت بهما تفريق طلاق والثابت للزوجة
عندنا ان ترفع الامر الى القاضي فيقول له طلق فان طلق والا
طلق عليه القاضي كما في حق المولي **الجواب** نقول قولهم ان
الفسخ براد العوضين قلنا ممنوع بل حقيقة الفسخ نقض العقد
المنعقد ثم ان كان العقد عقد معاوضة فمن ضرورة انتقاضه
براد الملك في العوضين وان لم يكن عقد معاوضة اقتصر
حكم الفسخ واثره على ارتداد الامر الى ما كان قبل الانعقاد
وهو مطابق للاشعار اللغوي فانه في اللغة عبارة عن النقض
قولهم ان النكاح لا يقبل الاقالة قلنا النكاح وان لم يكن
قابلا

قابلا للاقالة بصورتها فهو قابل لها باعتبار معناها وهو الخلع
فان الخلع عندنا بمنزلة الاقالة ولهذا لا ينقص عدد الطلاق واما
امتناع خيار الشرط في النكاح فللاستغناء عنه لانه لا يجري هذا
في طرد العادات الا بعد معاودات ومراسلات تغني عن الفكر
والتامل واما قولها اخترت انما جعل طلاقا لانه لفظ غير
مصرح به لا بفسخ ولا طلاق وهو يحتملهما جميعا واعتباره
طلاقا الطف بهما فرجح بذلك **مسائل الصداق**
مسالة مفوضة البضع لا تستحق المهر لا بالعقد ولا بالموت عندنا
على القول المنصور في الخلاف والقول الثاني وهو مذهب ابي حنيفة
انها تستحق بالعقد وبالموت ايضا واجمع المسلمون على انها اذا طلقت
قبل الدخول لا تستحق المهر وقال ابو حنيفة تستحق مهر المثل ولكنه
لا يتشطر بالطلاق قبل الدخول وهذا اصل مطرد عندهم ان
كل موضع يجب مهر المثل لا يتشطر بالطلاق قبل الدخول وعند
حتى لو سمى لها خمرا او خنزيرا وجب مهر المثل ولا يتشطر بالطلاق
ووقع الاتفاق ايضا على ان المهر يجب بالدخول الى حدث القاضي

حسين من اصحابنا فقال لا يجوز ان يكون هذا اجماعا بل للشافعي
قول ان المهر لا يجب بالدخول تخريجا من مسئلة نص عليها وذلك
وذلك انه قال لو اذن الراهن للمرتهن في وطي الجارية المرهونة
فان كان عالما بالتحريم وجب عليه الحد ولا مهر وان كان جاهلا
بالتحريم سقط الحد لجهله وفي وجوب المهر قولان قال
ومسئلتنا كهذه المسئلة من غير فصل فان الراهن هو المستحق
للمهر وقد اذن في الوطي وسقط المهر في احد القولين فكذلك
المفوضة قد اذنت ورضيت والمهر حقها فيجب ايضا
ان يسقط ومما خذ النظر ان الصداق عندنا يمحض حقا
للمراة ثبوتا واستيفاء بدليل امرين احدهما استقلالها
بالاستيفاء والابراء والثاني صرفه اليها خاصة ولو كان حقا لله
تعالى لصرف الى مصارف حقوق الله وقال ابو حنيفة
رحمه الله الصداق حق الله تعالى ابتدا وربما قالوا الوجوب
لله تعالى والواجب لها وذلك لما يتعلق بالنكاح
من حق الشرع بطريق استيفاء الجنس وانتظام امر العالم

وانما امر بصرفه الى المراة حيث كانت لانها اولى الناس
به وكان الوجوب لله تعالى والمراة مصرفه كالزكوة وحيث
حقا لله والفقير مصرفها والغنائم لله والغانمون مصرفها
وانما استقلت باستيفائه واسقاطه بطريق الانتقال
اليها من المستحق بان لا يكون ما الثبوت لها ابتدا ويدل
على وجوبه حقا لله تعالى احكام ثلثة احدها انه لو اتفق
الزوجان على اسقاطه لا يسقط الثاني ان الاب اذا زوج
ابنته الصغيرة بلا مهر وجب مهر المثل وفاقا الثالث
انه لو سكت المتعاقدان عن ذكره واطلقا العقد وجب
ولو لم يكن ملازما للعقد شرعا لما وجب ونحن نقول دعوى
الوجوب لله باطل لما ذكرناه من الوجهين قولهم انه يجب
لله ثم ينتقل اليها قلنا الاصل اختصاص الوجوب بمن يختص بنيل بدله
الوجوب ثم لو كان حقا لله تعالى لتصرف فيه نايب الله ولما
صرف الى شخص معين على قياس ساير حقوق الله تعالى قولهم
لو اتفق الزوجان على اسقاطه لم يسقط قلنا لا نسلم قلنا عندنا

لو قالت المفوضه قبل الوطي رضيت بان لا مهر لي وطي
لم يجب المهر على احد الوجهين واما الاب اذا زوج ابنته
الصغيره بغير مهر فانما وجب لان التفويض لم يصدر ممن
هو مالك المهر واذا سكت المتعاقدان فانما وجب للدلاله
العرفيه على ان المزوج لا يرضى بدون المهر واذا صرحت بالنفي
فقد نرجح صريح المقال على قرينه الحال وربما نقلوا الحديث
المشهور وهو ما روي ان رجلا سال ابن مسعود رضي الله عنه
عن امراه فوضت بضعها ومات عنها زوجها ولم يسم لها
مهرا فاستمهل السايل شهرا فلما كان بعد شهر قال
للسايل قد اجتهدت برايي فان كان صوابا فمن الله ورسوله
وان كان خطا فمني ومن الشيطان والله ورسوله بريان
لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط فقام اليه معقل بن يسار
فقال اشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في تزويج
بروع بنت واشق الاشجعيه بمثل قضايك هذا ففي عبد
الله بذلك فسجد وشكر الله ونحن نقول هذا لم يثبت

فان الشافعي قال ان صح حديث بروع بنت واشق فالحجه في قول
رسول الله صلى الله عليه وسلم لكنه اختلفت الروايه ففي روايه
قام اليه معقل بن يسار وروي معقل بن سنان وروي رجل
من اشجع وهذا مما يتطرق الى الحديث ضعفا وقد نقل عن علي
وابن عباس وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وكثير من اعلام
الصحابه مثل مذهبنا فقالوا لا مهر لها حسبها الميراث وما
نقل فيه من الحديث مطعون فيه قال علي كرم الله وجهه
لا ندع حكمنا بقول اعرابي بوال على عقبيه ولو طعن فيه بعض ايمة
الحديث لم يعول عليه فاذا طعن فيه علي رضي الله عنه لكان او لى

مسله الخلوه لا تقرر المهر عندنا في احد القولين
وهو الصحيح المنصوص في الخلاف حتى لو طلقها قبل المسيس
لا تجب تسليم كل المهر وقال ابو حنيفه الخلوه اذا كا نت
صحيحه تقرر والمعني بالخلوه الصحيحه العريه عن الموانع الحسيه
كالرتق والقرن والشرعيه كالصوم والحج والحيض فما خذ
النظر ان المعقود عليه عندنا منافع البضع وضمان

منافع البضع خاصة انما تتقرر بالاستيفا فادام لم يوجد
الاستيفا فلا يتقرر وهذا بخلاف منافع الاموال في عقد
الاجارة فان هناك اذا وجد التسليم فقد فاتت المنافع
بكل حال استوفت او لم تستوف لانها تفوت بمضي الزمان
ولا يتصور فواتها الا باستيفايها لانها اذا امكنت من نفسها
لا يثبت يد الزوج عليها لكونها تحت يدها وهذا اختلف
اصحابنا في الحر اذا اجر نفسه وسلمها ولم يستعمل هل يتقرر
اجرته ام لا فمنهم من قال لا يتقرر لان منافع الحر لا يثبت
تحت اليد ومنهم من قال يتقرر اجرته لانه قد سلمه عن البته
والمراة ما ضدها فان الزوج اذا عجز كان لها الخيار فقال ابو حنيفة
رحمه الله المعقود عليه في النكاح عمل المراة فقد سلمت
نفسها فيتقرر العوض بتسليمه اذا من عقود المعاوضات كالبيع
والاجارة وذلك انه يقول فلما ثبت ان التمكين من الاستيفا
قام مقام حقيقة الاستيفا في تقرر العوض في عقود المعاوضات
وتمكينه من القبض يجعل كحقيقة القبض كذلك في النكاح

وجب ان يجعل التمكين من الاستيفا بمنزلة الاستيفا ووجه
التسوية من الباس ان البايع قد ملك الثمن في البيع فينبغي ان
يجعل له السبيل طريقا الى تقرر حقه ولا يجوز ان يقف تقرر حقه
وملكه على فعل غيره واذا سلم ومكن من القبض فقد اتى بما عليه
فلم يقف تقرر حقه في الثمن على تسليم المشتري وهذا المعنى بعينه
موجود في مسئلتنا فان المراة قد وجب لها المهر فيجب ان
يجعل لها طريقا الى تقرره وذلك يجب ان يقف على فعلها وقد سلمت
نفسها وبذلت ومكنت واتت بجميع ما في وسعها وطاقتها
فادام لم يستوف الزوج كان التقصير من قبله فلا يكون ذلك موثرا
في تقرر حقها والى هذا الفقه اشار عمر رضي الله عنه قال ما ذنبهن
اذا جا العجز من قبلكم والجواب نقول قد بينا ان المعقود
عليه في النكاح منافع البضع دون ذات المراة وما ذكره من
اعتبار النكاح بالمعاوضات فاسد فان النكاح مشروع على خلاف
قياس المعاوضات فانه فان النكاح مشروع على قياس بدليل ان
المهر يتقرر بوطية واحدة ومعلوم ان ليس وطية واحدة او طيات

العمر كنسبة سكنى لحظة واحدة بالاضافة الى سكنى سنة
وسكنى لحظة لا تتقرر به جميع العوض ثم ملك المستاجر
هناك قد تقرر بالتمكين والتسليم على معنى ان المنافع فاتت
على ملكه وفي منافع البضع لا يملك الا ما استوفيه فلا تسلم
كمال التمكين منها فان الموجود هو التمكين من استيفا المقصود
في يوم او بعض يوم والوطي مستحق مقصود في جميع العمر
فان قيل لم اقام الشرع ترك الوطية الواحدة منزلة الوطي في
جميع العمر قلنا على خلاف القياس لمعنى يخص الوطي وهو
ان الشرع عظم امره وفخم خطره حتى وجب فيه القتل
فلا يجوز ان يعرى عن واجب فيخص بما يبين ان يعوض
عن المهر وذلك غير ممكن ولا يمكن ان يوزع المهر على طيات العمر
وذلك عسر لا يطلع عليه فكمل الشرع المهر بوطية واحدة
الدقيقة والخلوة لم يوجد فيها هذا المعنى حتى نقيمها مقام الوطي
مسئلة المختلعة لا يلحقها الطلاق عندنا خلافا لـ
سوا قلنا ان الخلع فسخ او طلاق وسوا طلقها صريحا او كناية

بعد انقضا العدة او قبله وقال ابو حنيفة رحمه الله يلحقها صريح
الطلاق ما دامت في العدة واما الكناية فقسمها قسمين احدهما ما
يتعين لقطع الوصلة كقوله انت باين وبتة فقال لا يلحقها هذا الجنس
اذ لا وصلة بينهما بعد الخلع والثاني ما لا يتعين لقطع الوصلة بل هو
مجاري الطلاق كقوله اعتدي واستبري رحمك فانه قال يلحقها ومأخذ
النظر اختلاف الفريقين في حكم الطلاق وموجبه فحكمه عندنا قطع
النكاح ونعني بقطع النكاح رفع الحل المستفاد بالنكاح لكن
تارة يرتفع في الحال وتارة يرتفع بعد انقضا العدة والمختلعة ليست
محلا للطلاق لزوال الحل المستفاد بالنكاح في حقها فهاتان
دعويان اما الاولى فدليلها ان احدهما الطلاق من السبب
فانه قاطع للحل من كل وجه ولا حادث سواه الثاني الاختصاص
بالعدة بعد الطلاق مع انعقاد الاجماع على العدة لا تختص
بالعدة بقا في صلب النكاح حتى لو ابانها فشرعت في العدة واعاد
~~نكاحها ثم طلقها في النكاح حتى لو ابانها فشرعت في العدة وا~~
الثاني بعد التسبيب لزمها استيناف العدة بعد الطلاق

وما مضى من بقيه الملك فى صلب النكاح لا تعتد به واما دعوى
الثانيه فدليلها امور ثلثه احدها وجوب الحد على الواطى فانه
دليل انتفا الحل من كل وجه الثانى انتفا خصايص النكاح من
الظهار والايلا والرجعه والطلاق المرسل فيما اذا قال
لنسا طوالق فانه لا يلحق المختلعه وكذا الكنايات مع كونها معتده عن
الطلاق وفى ان الخلع مع انه طلاق بعوض انتفا الخصايص دليل
انتفا المخصص قطعا فى المعلومات وظنا فى المظنونات الثالث
انه لا يستباح وطيها الا بملك جديد بكامل مماثل للاول ولو
كان مع من الاول بقيه لما كان الثانى مثل الاول الحقيه بدليل
الرجعه فان الملك لما كان باقيا فى اكثر الاحكام استباح
وطيها بمجرد الرجعه من غير رضاها ولا شهود وقال ابو
حنيفه رحمه محل الطلاق ما كان قابلا لحكمه لان ارتفاع
معها الطلاقه
حل المحل اعنى حل التزوج بها فحل اى وجد فى حقها حل النكاح
بالنسبه اليه وله عليها ولانه هى محل الطلاقه واحتج لى ذلك
بامرين احدهما قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح

غير ثبت ارتفاع حل المحل على الطلاق ولا يمكن حمله على حل الاستمتاع
فان الحل المضاف لا يتغير الا بامر فى محل الحل اما حل الاستمتاع
فيضاف الى الفعل لا الى المحل وكذا قوله عليه السلام لعن الله المحلل
والمحلل له فانه دل على زوال الحل بالطلقات الثلث حتى كان الزوج
الثانى مثبتا للحل الثانى ان الطلقه الثانيه واقعه فى الرجعيه ولو
كان الاول قطعا للنكاح لامتنع وقوع الثانيه لاستحاله قطع المقطوع
كاستحاله ورود سيفين على محل واحد ورهنين على مرهون واحد
وعند هذا القول الثابت له فى المحل لما ثلثه اعدادا من الحل يزول
بكل طلقه واحده ولها محل واحد مقيد بثلثه عقود والمرتفع
بكل طلقه هو الحل من الوجه الذى يفيد عقد واحد فاذا ما
ثلثا فات الحل بالكليه اعنى حل النكاح فما دام الحل قايما كان
الطلاق مشروعا كما فى الرجعيه والجواب نقول ما
ذكرتموه باطل من وجهين احدهما ان الحل الاصلى مستفاد بانتفا
الطلقه ووضع القطع فانها تكونها انثى منتهيه لقبول النكاح والطلاق
تصرف يملك بالنكاح فكيف يرفع المستفاد بالنكاح حلا ثابتا اذا

باصل الحلقة الثاني انه لو كان المقصود بالطلاق رفع حل المحل لكان
ينبغي ان يقع الطلاق بعد انقضاء العدة وعلى الاجنبية لان حل المحل
قايم والمحلية بالتفسير الذي ذكرتم موجود فيهما لانحصتها
فان قالوا لا بد من ولاية له على الاجنبية قلنا عندكم لا يشترط
لصحة التصرف ثبوت الولاية على المحل حتى لو طلق الاجنبي زوجة
الغير صح موقوفا على اجازته انما نفوذه يفتقر الى الولاية ونحن نلزمكم
الصحة دون النفوذ واما الآية فالمراد بها حل الاستمتاع فان
الحل اذا اضيف الى العين انما يراد به حل الفعل الذي يقصد
من العين يقال حلت المراة ويراد به حل وطيها وحل
الثوب اي لبسه وكلام الشارع ينصرف الى ما هو
المتبادر الى الافهام وهذا هو الجواب عن تمسكهم في
ان الرجعية يلحقها الطلاق بناء وقطع المقطوع محال قلنا حكم الطلا
هو القطع والابانة لكن يوجب الابانة في الحال وقد يوجبها
بعد انقضاء العدة على ما سبق من مسايل الطلاق مسئلة
تعليق الطلاق على الملك باطل عندنا عمم او خصص وقال

ابو حنيفة رحمه الله يصح ذلك مقيدا بالملك عمم او خصص
حتى اذا وجدت الصفة وقع الطلاق وصورة التخصيص
ما اذا قال لامراة بعينها ان نكحتك فانت طالق وصورة التعميم
ما اذا قال كل امراة اتزوجها فهي طالق ولا خلاف في ان التعليق
المطلق لا يصح وصورته ما اذا قال لاجنبية ان دخلت الدار
فانت طالق وهكذا الخلاف في العتاق ومأخذ النظر ان التعليق
عندنا تمهيد لسبب الوقوع واللفظ قبل الملك لا يصلح ان
يكون سببا للوقوع اما الاول فبيانه وجهين الاول التعليق
بدخول الدار في صلب النكاح يوجب الوقوع والموجود
هو التعليق والدخول لا يصلح سببا اذ لا مناسبة فيه فتعين
ان يكون السبب هو التعليق الثاني ان شهود التعليق وشهود
الشرط اذا رجعوا كان الضمان على شهود التعليق دون شهود
الشرط دل ان التعليق هو السبب واما الثاني فهو كون التعليق
المطلق قبل الملك لا يصلح سببا للوقوع هو ان الطلاق مقيد
شرعي شرع بناء للابانة فانه شرع لقطع النكاح فكان شرعه

قبله حنثا ويدل عليه التعليق المطلق وهو ما اذا قال
لاجنبيه ان دخلت الدار فانت طالق واجمعوا على انه لا يصح
وانما لم يصح لانتفا الملك ولا نعموا اهل الايقاع الطلاق
والصيغه مفيده ولم نعدم سوى الولايه على المحل وقال
ابو حنيفه رحمه الله لم يصح هذا التصرف تعليقا فانه ليس هو
في الطلاق وانما يصح يمينا وتسميته تعليقا مجاز ودلالة كونه
يمينا ان اليمين ينقسم الى قسمين يمين بالله تعالى ويمين هي شرط
وجزا وكلاهما يعقد لغرض الحث او المنع فالحث مثل قوله
ان لم ادخل الدار او ان دخلت الدار فانت طالق فقد تحقق
ذلك هاهنا فان قوله ان تزوجتك فانت طالق يقصد به
منع نفسه من تزوجها فالنكاح شرط ووقوع الطلاق جزا
ويدل على كون هذه الصيغه يمينا ان من قال لزوجته ان
حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فانت
طالق حنث ووقع طلاقه اجماعا قالوا واذا ثبت كونه يمينا فاليمين
تصرف في ذات الحالف وصلة الامتناع من الفعل المحلوف عليه

فلا يشترط فيه ملك المحل كما في النذر وصورته ان تقول ان
شفا الله مريضي فلله علي ان اعتق عبدا قالوا ولا يقال على هذا اذا
لم يعتبر التصرف تطليقا يمينا فلا بد له من حكم شرعي والا
فلا يكون معتبرا شرعا فان وجود الامتناع حسا ليس اثرا
شرعيا فلا يكون حكما لانا نقول معنى اعتباره يمينا ربط الجزا
الذي عينه بالشرط الذي عينه حتى يقع الطلاق عند وجود
الشرط فالحكم بوقوعه عند وجود النكاح هو اعتباره
والجواب عما ذكروه من وجهين احدهما منع كون
التعليق يمينا بل هو انشا سبب لقطع النكاح على ما قررناه الثاني
انه يمين لكنه يمين بالطلاق ولهذا يترتب عليه احكام الطلاق
واليمين بالطلاق سبب ازالة الملك فلا يتناول الملك ونحن
انما اشترطنا الملك لكونه طلاقا لكونه يمينا والمحلوف به احد
ركني اليمين فان شرطنا المحل للمحلوف به لا للمحلوف عليه واذا كان احد ي
ركني اليمين مختلا اختلت اليمين لان اليمين لا بد فيها من محلوف ومحلوف
عليه واذا كان من شرط المحلوف به الملك ولم يوجد بطلت

اليمين اصلا وخرج على هذا النذر فانه مجرد التزام في الذمة
وليس هو بمسدد سبب الازالة ولهذا لو ملك عبيد الدنيا لا يعتق
عليه عبد واحد حتى يعتقه وفي مسئلتنا اذا وجد الشرط وقع
الطلاق من غير تجديد ايقاع مسئلة الجمع بين الطلقات
الثلاث مباح عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله حرام يعصي
فاعله ومأخذ النظر ان ملك الطلاق عندنا شرع عزيمة
والاصل فيه الاباحة فانما يحرم لعارض وهو تطويل العدة عليها
ومعنى العزيمة عليها في الشرع ما وضع على وفق المصلحة العامة
والحكم الكلية والرخصة ضدها وهو ما وضع على خلاف
المصلحة العامة والحكم الكلية لحاجة عامة او ضرورة خاصة
والقياس من جانبنا واضح من حيث ان هذه الطلقات مملوكة
وخالص حقه والشرع سلطه على التصرف فيها فان الملك هو المطلق
للتصرف هذا هو الاصل والخصم يدعي ان ايقاع الطلقات الثلاث
في الملك ثبت رخصة من حيث ان النكاح عقد مصلحة كلية
عامة او هو قربة ابتناها الشرع بين الاجانب للتوالد والتناسل

الذي به بقاء العالم وكثرة العباد فهو مقصود الشرع ثبوتا وبقاء
لتحصيل المصالح وكذلك لو ازداد الزوج بغضه الى المعر لم يجد اليه
سبيلا ولو توافق الزوجان على فسخه لم ينفسخ كل ذلك لاعتناء الشا رع
بدوامه وبقائه وقد دلت عليه ظواهر النصوص الواردة في
التحريض على النكاح واذا تمهد هذا الاصل فلا يخفى ان الطلاق
على نقيضه فانه يقطع النكاح عندكم ويفوت حل المحل عندنا
فيفوت النكاح انما شرع بشرط دوام الالفة وقد تنتهي البغضاء
الى حد ينقلب المصلحة مفسدة في نكاحها ولو دام العقد بينهما
لتضرر به كل واحد منهما وربما امتنع اكثر الخلق من النكاح من
النكاح مخافة ان يبتلى بمثل هذه الحالة ولا يجد مخلصا فوضع الشر ع
تصرف الطلاق رخصة منه لتحقيق الخلاص عند تعذر الحال
وكان قياس الاسقاطات يقتضي ان لا يختزل بطلاق واحد كما
في العتق لتحقق مقصود الخلاص منها غير ان الشرع كرره وعدده
في الملك لحاجة التدارك ان ندم وهذه الحاجة متحققة في الجمع
بل يقتضي المنع من الجمع فهي على اصل التحريم وهذا ابقي اصل التحر م

في زمن الحيض و الطهر الذي جامعها فيه واما نفودها جميعا
فهو من ضروره كونها مملوكه والملك عندنا ينقسم الي مباح والي
حرام كما في البيع الفاسد **والجواب** نقول لا سبيل
الي دعوي الرخصه في شرع الطلاق فانه تصرف شرع لحاجه
عارضه علي خلاف القياس ودليل كونه موافقا للاصل هو ان النكاح
في الحره علي خلاف الاصل اذ الحريه تنافي المملوكيه وتاني الانقياد
والاحكام علي ما قررناه في مسايل النكاح والطلاق يتضمن
ردها الي الاصل كالاعتاق في ملك اليمين نعم يتقرب بالاعتاق
فان فيه اسقاط المحض حق العبد والطلاق لا يتقرب به فان النكاح
متعلق حق الشرع ولولاه لكان الطلاق قربه ايضا اما التحريم
فلا وجه له بل هو تصرف مشروع لحاجه العبد كالبيع وغيره
وقد قال تعالي فطلقوهن كما قال وانكحوا وقال وان يتفرقا يغن
الله كلا من سعته كما قال تعالي ان يكونوا فقرا يغنهم الله من فضله
والرسول صلى الله عليه وسلم طلق عند الحاجه كما نكح وتبا بذلك
تكميل البضع وتانيد الموقت وتصحيح المعلق و تدل على اباحه

الجمع نفودها جميعا قولهم ان النفود كان لضروره الملك قلنا
وكذلك الاباحه وجب ان تثبت لضروره الملك قولهم ان
الملك ينقسم الي مباح وحرام قلنا هذه قاعده سعدون بها
ونحن لا نسلمها واما الطلاق في زمن الحيض انما حرم لتطويل العده
عليها لان الاقرا هي الاطهار وزمن الحيض لا يعتد به حتي قال
اصحابنا لو طلقها قبل الدخول لا يحرم الطلاق واذا طلقها في اخر جزء
من اجزا الحيض لا يحرم لانه لم يكن في ذلك تطويل العده والمحظور في طهر
جامعها فيه توقع الندم عند ظهور الولد فهو كالصلوه في الدار
المغصوبه وتبا بجميع ما ذكرناه بمسلتين احداهما اذا قال لها
انت طالق ثلاثا للسنه فانه لا خلاف في جوازه فعند الشافعي تقع
ثلاثا في طهر واحد وعند ابي حنيفه تقع ثلثه في ثلاثه اطهار
الثانيه لو طلقها ثم نكحها وراجعها في ذلك الطهر وطلقها ثانيا فانه
يحل اجماعا مع اجتماع طلاقين في طهر واحد **مسله** كنايا ت
الطلاق لا يقطع الرجعه عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله كنايا ت
الطلاق كلها بواين تقطع الرجعه الا ثلثه الفاظ وهو قوله اعتدي

واستنبري رحمك وانت واحد وماخذ النظر ان الكنايات عندنا
انما تعمل بحق شهادة الطرد والعكس فانا نشاهدها على ان الالفاظ
الكنايات على اختلافها لا تعمل في ازالة قيد النكاح بدون نية
الطلاق وتعمل عند وجودها الثاني انه ينقص بها عدد الطلاق
الثالث انه يتشطر بها الصداق قبل الدخول والتشطر من
خصايص الطلاق الرابع انه لو ابانها ثلث مرات افتقر الى المحلل
اجماعا والحصر من خصايص الطلاق دون الابانة واذا ثبت
انها تعمل بطريق النيابة عن الصريح فقصاراها ان ترتقي الى درجة
الصريح واذا كان المنتهي اليه وهو صريح قوله انت طالق لا يقطع
الرجعة فالكنايات عند المشبهة به لا ترد والحصم ماخذان
ان احدهما ان الالفاظ الكنايات انما تعمل بمعناها فقد ابدوها
لا بطريق النيابة عن الصريح والنية انما اعتبرت فيها لتعين
احدى جهات البينونة وذلك ان جهات البينونة مختلفة
اذ يحتمل انه يريد بينا عن صحبي وعشيرتي وعن الدار
والمكان وعن النكاح فاذا احتمل هذه الجهات كانت النية
صارف

الى جهات النكاح بحسب وصلاً وكالالفاظ المشتركة لتعين
وغيرها فانها تصرف بالقصد الى احدهما وقررنا هذا بان
قالوا الثابت له بملك النكاح ثلث طلقات او ثلث ابانات
على التخيير فالطلاق لرفع الملك والابانة لقطع الوصلة غير
ان الوصلة اصل في النكاح من حيث انه عقد ازدواج
شرع لمقصود لا يستقل به الاحاد من التناسل والتوالد
واشتباك البيوت والعشاير ويحصل حظ كل واحد من الزوجين
فهو على مثال الازدواج الحسي بين زوجي الخف ومصراعي
الباب الا ان هذه الوصلة لا يتم بينهما الا بملك حاجز عن
الاشتراك فوجب اختصاصها به وسعى الذئبة عن فراشه
ليثق بنسب الولد ويعتني بتربيته فيكون ذلك تكملة المقصود
الوصلة وتتمة له فاذا طلقها فقد رفع الملك التابع واما اذا
ابانها فقد قطع الوصلة دون الملك لكن يستحيل بقاء علقة النكاح
مع ارتفاع الوصلة التي هي اصل لمجرد بقاء الملك الذي هو تابع
فادرجنا الطلاق الموضوع لرفع ملك النكاح في قوله ابنت ضرو

تصحيح موجب لفظ البينونه لانه وضع اصلا ومقصودا له دون ادراج
البيع والملك في قوله اعتق عبدك عني على الف قالوا وهذا هو
الموجب لنقصان العدد وتشطر الصداق قبل الدخول
والافتقار الى المحلل والواو دليل كون الزوج مالكا للابانه
تمكنه منها قبل المسيس وفي الخلع ايضا فانه ياخذ العوض عنها
والعوض لا يملكه ما ليس له والجواب عن المأخذ
وجهين احدهما لا نسلم ان الابانه تصرف وراء التطليق حتى
يمكن ثبوت الحصر فيهما ودعوى الوصله وانقطاعها مقصودا
ممنوعه فان المقصود حاصل على سبيل الكمال بالاختصاص
اللازم الثابت للزوج واذا ثبت الاستغنا في تحقيق
مقصود السبب حكم ثابت بالاجماع ولا حاجه الى
زوجته على خلاف الحقيقه قولهم ان الكنايات تعمل بنفسها ومبتدا
بذواتها لا بطريق النيابه قلنا اذا كان تعمل بذواتها لا بطريق
النيابه قلنا اذا كان تعمل بذواتها لا بطريق النيابه عن الطلاق
فلا يكون لوقع لها طلاقا قولهم ليس بطلاق بل هو قطع الوصله

قلنا فكان ينبغي ان لا ينقص بها عدد الطلاق لان الشرع ملكه
ثلاث طلقات وما استوفاه ولا خلاف بين المسلمين ان عدد
الطلاق ينقص اذا وقع بلفظ البينونه قولهم ان وقوع الطلاق
بها كان ضمنا وضروره للمقصود قلنا باطل من وجهين احدهما
ان الاصل في الاحكام ثبوتها بطريق الاصاله الثاني انه يلزم ان
يكون الواقع بلفظ البينونه شيئان احدهما قاطع الرجعه
والثاني مثبت للرجعه وهما متضادان عن موجب الابانه
والطلاق في اللفظ الواحد يستحيل ان يوجب حكمين متضادين
ثم جميع ما ذكروه باطل بالالفاظ الثلثه وهي قوله اعتدي
واستبري رحمك وانت واحده اما الكنايات التي لا تنبي عن
البينونه كقوله سافري اخرجي فانها نوان عندكم مع انتفا
الاشعار بالبينونه والفرق بينها وبين غيرها من الكنايات
علم واما الطلاق قبل المسيس فلانه كان مبنيا لكون النكاح لم
يتاكد بخلاف ما بعد المسيس ونظيره انقلاب المبيع الى البايع قبل
القبض بفسخ او اقاله فانه يوجب ارتفاع العقد بالكليه واما الخلع

فقد جعله الشرع علما على البينونة لان مقصوده لا يحصل بدونها
من حيث ان الخلع لا يجري والغالب الا عند مشاقة ومنازعة
فتبذل المرأة المال للخلاص من ربقة النكاح قال الله تعالى فان
خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به
وكان العوض هو المبين لذلك لانه على طلب الخلاص لما خذ الثاني
قولهم مقتضى القياس ان لا تثبت الرجعة في صريح الطلاق ولا في كناياته
من حيث ان الطلاق اسقاط كالاعتاق والابراء والاسقاطات
لا يتعقب رجوعا كيف ولفظ الطلاق مشعر بالطلاق وحل
الوثاق غير ان الرجعة يثبت فيه بعد الدخول نصا على خلاف
القياس فوجب الاقتصار عليه ورد الباقي الى قانون القياس
ولهذا بقي حكم الاصل فيما قبل الدخول والجواب
من وجهين احدهما انا لا نسلم ان ثبوت الرجعة في الصريح
على خلاف القياس قولهم ان الطلاق اسقاط كالاعتاق والابراء
قلنا فاوجه هذا القياس والاعتاق والابراء مندوب اليه باصله
والشرع يتشوف الى ايقاعه والطلاق عندكم محرم باصله والاباحه

يثبت بعارض والشرع يتشوف الى دفعه ثم بعد الوقوع الى تداركه
الثاني هب ان الشرع خالف القياس في الطلاق واثبت فيه الرجعة
الا ان الكنايات كلها مثله والشرع اذا خالف القياس في شيء خالفه
في نظيره مسألة استعمال صريح الطلاق كناية في العتاق
صحيح عندنا ويكون لكل كناية فيه وقال ابو حنيفة لا يصح
استعمال شيء من الفاظ الطلاق في الحرية الا لفظين لا ملك لي عليك
ولا سلطان لي عليك وساعدونا في العكس وهو ما اذا استعمل
لفظ الحرية والعتق في الطلاق ونوى به الطلاق فانه يقع بلا خلاف
والمسألة لغوية يرجع حاصلها الى البحث عن حقيقة العتق لغة
فعندنا هو اسقاط كالطلاق فصلح الطلاق ان يكون كناية عنه موقعا
وعندهم هو اثبات والطلاق اسقاط فلا يصلح ان يكون كناية وقرروا
هذا بان قالوا لفظ الطلاق ان استعمل في العتاق فانما يستعمل بطريق
المجاز وشرط صحة المجاز هو الاتصال بين اللفظين لنوع مقاربة بينهما
في المعنى الخاص وقد انتفى ذلك هاهنا فان الطلاق والعتاق ضدان
من حيث ان الطلاق اسقاط حق مجرد ليس فيه معنى الاثبات كال

واما العتاق فمعناه احداث قوة في المحل لم يكن فيه بدليل اللغة
فرخ حين احدهما قولهم عتق الطائر اذا نبت ريشه وقوي على
الطيران وعتاق الطيور هي الاقويا الكواسب الثاني ان العتق
ضد الرق والرق عبارة عن الضعيف يقال ثوب رقيق اذا كان
خفيفا ضعيفا والشرع فيه ذلك حيث سمي المملوك من بني ادم
رقيقا لان قوة الشرعية صارت معدومة في حق نفسه حتى
لا يقدر على الولايات والشهادات والجمع والجهاد فان الرق
في حقه ضعفا ونقصا سوى ملك السيد عليه فكان العتق
على التحقيق احداث قوة له في المحل اما النكاح فلا يوجب نقصا
ولا يثبت ضعفا في حقها ورا احكام الزوج فان الاحكام كلها
ثابتة في حقه سوى ما نقص بطريق الانوثة الثابتة باصل الفطرة
فلم يكن الطلاق محدثا لها قوة لم يكن ثابتة وانما هو مجرد اسقاط
حق عليها واما الشرع فثبوت حق الولاية للمعتق تشبيها له بالنسب
الى الايجاد الحسي وهو الاب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة
النسب قالوا ولا يلزم علي هذا فاذا قال لزوجته انت حرة

ونوى به الطلاق لانا قلنا انما جاز ذلك بطريق المجاز لان العتق وان
كان يحدث قوة الا ان ذلك انما يحصل بزوال ملك الرقبة وزوال
ملك الرقبة سبب لزوال ملك المنفعة فكنى بالسبب عن المسبب
والجواب من وجوه الاول انا لا نسلم ان المعتق يحدث
قوة لم تكن اصلا فان الادمي اصيل فطرته وجبلته كامل مستقل
بامور منتهى لقبول عز الحرية والتحمل لامانة الله تعالى واضطلاع
اعبا التكاليف وانما عرض عليه عارض منع اعمال السبب
فلما جا العتق ازال العارض فكان على الحقيقة اسقاطا كالطلاق
الثاني نقول اذا كان الطلاق اسقاطا لا اثبات فيه والعتق
اثبات لا اسقاط فيه وجب ان لا يقع الطلاق بلفظ العتاق
لا حقيقة ولا مجازا وهذا لا جواب عنه قولهم ان العتق في
اللغة عبارة عن القوة قلنا لا نسلم بل العتق في اللغة عبارة
عن التخليص هكذا اورده الازهري وهو امام اللغة
ومنه يقال اعتقه الله من النار اي خلصه الله وفي ماثور
الاخبار اللهم اجعلنا من عتقائك وطلقائك ومحرريك

من النار وسمي الثيب عتيقا لتخليصه من ادي الجبابرة اوما الطيور
انما سميت عتاقا لتخلصها عن ضيق الاوكار بالطيران قولهم ان الرق
عبارة عن الضعف قلنا لا نسلم بل هو عبارة عن الملك والعتق
عبارة عن زوال الملك قولهم ان المعتق موجد للمعتق حكما فصار كالاب
الاب قلنا قد بينا ان ايجاده معنى يستند الى اهليته واسانيه
لا الى قوة يحدث من جهة المعتق **مسلة** اذا قال لزوجته
انت طالق او طلقتك ونوى عدد اثنين او ثلاثا وقع ما نواه عندنا
وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يقع عدد وانما يقع واحدة وساعدونا
فيما اذا قال انت باين وانت الطلاق واوقعت عليك الطلاق
وانت طالق طلاقا والمسله لغويه كالتي قبلها وماخذ النظر
ان قوله انت طالق يحتمل العدد عندنا وكذا قوله طلقتك
ونظايره وعندهم لا يحتمل العدد عندنا وكذا قوله طلقتك
ونظايره ويرجع حاصله الى ان المقتضي هل له عموم ام لا فعندنا
نعم كالملفوظ وعندهم لا يحتمل ودليل احتمال الصيغه للعدد
هو ان قوله طلقتك او انت طالق صيغه مشتمله على المصدر

والمصدر صالح للعدد اما بيان اشتمال الصيغه على المصدر
هو ان طالق صفه للمراه والصيغه مشتقه من المصدر
وهو موجود بعينه فيها اعني الحروف التي تركب منها ذات المصدر د
الطلاق وكذا قوله طلقتك فان معناه اوقعت الطلاق
عليك ولا نقول هو في معناه بل هو هو الا انه موجز كما ان قول
القايل اسم اشارة الى جماعه كقولهم رايت زيدا وعمروا
وخالدا اذا ذكر اسماءهم من غير فرق في هذا قاطع في صح
اللسان والشافعي امام اهل اللغه وكذلك سوى بين
المصدر والصيغ المشتقه من المصدر ولا يخالف الافعال
المصادر الا في الزمان فالفعل دل على الزمان اما بيان
كون المصدر صالحا للعدد فانعقاد الاجماع على انه اذا
قال انت طالق طلاقا ونوى الثلاث كان ثلثا فان قالوا
نسلم ان الصيغ المشتقه من المصدر لا تنقطع عن الدلاله
على المصدر غير انها لا تعمل فيما ثبت بطريق الدلاله والاضمار د
وانما تعمل في صرف الملفوظ المصرح به الى حد محتمليه

بدليل انه لو قال لزوجته اخرجي ونوى الطلاق وقع ولو
قال اذهبي الى اهلك ونوى الطلاق وكانت الزيارة لابد فيها
من الخروج في الزيارة فقد صرحوا بتصحيح امره بالزيارة وابطال
لفظه كيلا يبطل فلا يثبت له حكم الخروج المصرح به وكل حكم
قلنا من اصحابنا من منع ذلك وقال يقع الطلاق اذا نوى وان
سلمنا فنقول الخروج هناك ليس يقتضي اللفظ وانما هو مقتضى
الحال لانه قد يتصور الزيارة بغير الخروج بان يكون ابوها
بقربها فلا خروج بخلاف المصدر فانه موجود في الفعل لفظا
ووضعا وان تغيرت هيئته لانه متضمن له من حيث الدلالة
واذا كان المصدر موجودا في الفعل كان المحتمله للمصدر محتمله
للفعل فان قالوا المصادر اسماء اجناس واسماء الاجناس لا تحتمل
العدد ولا هي موضوعة للعدد وانما تحتمل ما هي موضوعة له
وهو الجنس والجنس فرد فنقول اذا نوى واحدة وقع لان الواحدة
فرد في الذات فرد في الجنسية وهي الاصل واذا نوى الثلاث
وقع لانه جنس الطلاق جميعه فهو فرد في الجنسية وان

تعددت ذاته في الجنسية اما الاثنين فلا هي الاصل ولا هي الجنس
فلغت قلنا هذا غلط بل اسماء الاجناس تدل على العدد فان
الضرب يدل على قليل الضرب وكثيره ويصلح له فهو بمنزلة
اسماء العموم فلا فرق بين عدد وعدد اما الحنفية فزعموا ان
الصيغة غير محتملة للعدد من حيث ان قوله انت محل فرد وطالق
نعت له وهو ايضا فرد واذا اتحد المحل والصفة استحال
العدد اذ يصير في التقدير كقوله للمراة الواحدة انت طالقان
او طوالق وذلك محال والجواب من وجهين
احدهما ان جميع ما ذكروه باطل بقوله انت باين فانه اذا نوى
الثلث وقعت اجماعا فاي فرق بين هذا وبين هذا قوله انت
طالق فهذا هادم لجميع ما ذكروه الثاني هو انا لا نسلم ان
الصيغة نعت فرد فان حقيقة النعت اخبار عن صفة
يتردد بين الصدق والكذب بل قوله انت طالق انشاء
للطلاق وبهذا فرقتم في مسئلة المكره على الطلاق بين الانشاء
والاقرار اذ قلتم الاقرار متردد بين الصدق والكذب والا

وبه والانشا لا يتردد فيصح لان العرب لم تضع للانشا
صيغه بجسه بل استعملت فيه لفظ الماضي والشرع قرر ذلك
بدليل قوله بعت واشتريت وطلقت صيغه الماضي المستقبل
وقوله في مجلس القاضي اشهد ان له عليه الفا صيغه المستقبل
الموضوع للوعد ثم جعل ذلك انشا واذا ثبت انه انشا للايقاع
وقوعه متردد بين الواحد والاثنين والثلث فانها اضد
ونوى صح ويدل على احتمال الصيغه للعدد حكمان فاما
احدهما انت طالق وطلقتك طلقتين او ثلثا فانه يصح
وفاقا ولولا ان اللفظ يحتمله لما صح تفسيره به فان قدر
التثنين تفسيرا كان دليلا على ان اللفظ احتمله وان قدرت
صفه للمصدر المحذوف فقد ثبت احتمال المصدر للتثنين
والثلاث على سوا الثاني انه لو قال لوكيله طلق زوجتي
ونوى الثلاث فقال الوكيل طلقت وقع الثلاث اجماعا
وهذا لا جواب عنه اذ لا فرق بين ان يقول طلقت وبين
ان يقول طالق مسله اذا اضاف الطلاق

الى نفسه قال انا منك طالق او طلقت نفسي منك ونوى
الطلاق طلقت وكذا سائر الكنايات اذا اضافها الى نفسه
ونوى بها الطلاق فانها تطلق وقال ابو حنيفه لا يطلق
ولا يكون ذلك كنايه الا في قوله انا منك باين انا منك حرام
فاما اذا قال السيد لعبده انا منك حر ونوى العتق فجان
وجه الفرق ان العتق حل للرق وابطال للرق يختص بالعبد
فاختص باضافه وماخذ النظر هو ان حكم النكاح عندنا
الزوجيه المعقوده بين الزوجين والحل اللازم من الجهتين وحكمه
عندهم حدوث الملك للزوج على الزوجه والدليل على
صحه ما ذهبنا اليه اذ ان احدهما الاشتراك في احكام
العقد فان الاشتراك في الاسم يدل على الاشتراك في المؤثر
ظاهرا وبيان الاشتراك من وجهين احدهما اشتراكهما في حل
الاستمتاع فانه يباح لها كما انها تباح له وتقصد الزوجه من
الزوج ما يقصد منها فهي تستحق عليه صحبتها وهو يستحق عليها
حصه وتسميه الزوجين متناكحين كان يدل الاعتبا د

والبه اشار بقوله تعالى ولا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وبقوله
حتى تنكح زوجا غيره الثاني ان النكاح افاد حبسا من الجانبين
اما من جانب الزوج فانه يثبت له منعها من الخروج والبروز
والتزوج بزوج غيره تكميلا لمقصود الاستمتاع في حقه واما من جانب
الزوجه فانه يثبت لها عليه امتناع التزوج باختها واربع سواها
الوجه الثاني في بيان الاشتراك اشتراكهما فيه وضعا فان
النكاح في وضع اللسان عبارة عن الضم ومنه قولهم تناكحت
الاشجار اذا انضم بعضها الى البعض واشتراكهما وضعا ودليل
اشتراكهما شرعا اذ الاصل ثبوت الاحكام الشرعيه على
وفق الاوضاع اللغويه واذا ثبت اشتراكهما في احكام النكاح
ومقاصده وجب اشتراكهما في صحه اضافه الطلاق لوجود
تلك الاحكام الى كل واحد منهما كما في قوله انا منك باين وانا
منك حرام اما الحنفيه فقد منعوا اشتراك الزوجين في احكام
العقد وزعموا ان حكم العقد حدوث الملك للزوج على الزوجه
بدليل النص والحكم والمعنى اما النص فقوله عليه السلام النكاح

رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته واما الحكم فوجوب المهر
عليه عوضا عن ملك البضع ووجوب النفقه على مثال الاثمان ف
واختصاصه بولايه الحجر والحبس للايم وامتناع زوج اخر
في حقها واستقلاله بالطلاق دونها واما المعنى فهو ان
الملك عبارة عن اختصاص منتفع بمنتفع به وهذا الاختصاص
انما يثبت له لا لها به ولا اختصاص لها بها فانه يملك من التزوج ما ثناه
وله ان يتزوج بغيرها واذا لم يكن مختصا بها فلا يكون مالكه وهي
تكون مملوكه قالوا وتسميتها متناكحين من قبيل التغليب كما
يقال الاسودان للما والتمر والقمران للشمس والقمر والحسنان
للحسن والحسين وتسميتها ناكحه مجاز لكونها من النكاح بسبب
وسبيل ودليل المجاز ما ذكرناه من الدلايل والاولويه دل على عدم
الاشتراك اعتبارها في اضافه الطلاق اليها والجواب
نقول قد بينا اشتراك الزوجين في الزوجيه في موجب
عقد النكاح على ما سبق وما ذكرتموه من دعوى ثبوت الملك
في الحره محال فان الطلاق ملك النكاح لم يرد في كتاب

ولا سنه وانما هو من مخترعات الفقها كقولهم ملك القصاص ص
وملك الانسان نفسه وملك التصرفات وكل اختصاص
واستحقاق موكد فانه لا يتجوز عنه قال مالك اما
حقيقة الملك وهو المعنى المفيد في المحل لافادة الانتفاع
فلا دليل عليه واما قوله عليه السلم النكاح رق فقد بينا
وجه المجاز فيه في مسايل النكاح فلا نعيده ثم وان سلمنا
ان في النكاح ملكا لكن نقول ما ثبت له عليها ثبت مثله لها
عليه قال الله تعالى ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف
واما وجوب المهر قلنا لا نسلم انه في مقابلة البضع بل المهر
والنفقة امر زايد في النكاح خارج عن مقصوده
وجاي مقابله امر زايد في النكاح خارج عن مقصوده
وهما ولاية الحجر والاستقلال بقطع النكاح حيلها
واستمالة لقلبها واما امتناع زوج اخر في حقها فلان
جمعها بين زوجين يودي الى اختلاط المياه وفساد النسل
ثم دليل الاشتراك استواهما في استحقاق الاستمتاع

حتى يثبت لها الفسخ بالجب والعنة والطلب عند الايلا
بخلاف السيد مع الامة قولهم ان تسميتهما متناكحين بطريق
التغليب قلنا الغالب في الطلاق اتباع الحقايق وما ذكر تمو
من التغليب لم يرد الا في الفاظ معدودة نادرة فلا يقود
اللفظ اليه الا بقرينة واما اعتبار النية في محل النزاع
فلان عرف الشرع غلب بجعل اضافة الطلاق اليها فاحوج
اضافته اليه الى نية صارفة **مسألة** القول بالهدم
باطل عندنا وصورة المسألة ما اذا طلق زوجته طلقة
او طلقتين ثم انقضت عدتها وتزوجت بزوج ثاني ووطيها
فانها عادت الى الزوج الاول بعد ذلك بنكاح جديد يعود
بما بقي من عدد الطلاق وقال ابو حنيفة رحمه الله وطي
الزوج الثاني يهدم ما سبق من الطلاق ثلث طلقات
مستانفة والمسألة لغوية ايضا فانها مبنية على الاختلاف في فهم
في مدلول كلمة حتى في قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد
حتى تنكح زوجا غيره فهي عند الشافعي رحمه الله لانتهاء الغاية

على معنى ان وطى الزوج الثاني بعد ثلاث طلقات غاية لتحريم
العقد فينتهي التحريم عنده فان التحريم كان ممتدا الى حين وطيه
فان وجد الوطي انتهى الحكم بنفسه وتم لا ان الغاية رفعه
او بعدما اعدمه بل هو بمثابه الصايم اذا دخل عليه
الليل فانه لا يقال ان الصوم ارتفع ان الصوم او بطل وانما تم
وانتهى وكذلك الاجارة اذا انقضت المده يقال انتهت
الاجارة وتمت فذلك الحكم بنفسه لا ان الغاية رفعه او
بعدما اعدمه ونظيره قوله تعالى حتى يتبين لكم الخيط
الابيض من الخيط الاسود من الفجر فانه لبيان الغاية كذلك
هاهنا وتحقيق هذا الكلام ان المراه محل حل النكاح
باصل فطرتها وكونها انثى وانما لما وجد الطلاق الثلث
عرض عارض التحريم في حقها فاذا وجد وطى الزوج الثاني
زال ما كان عرض من عارض التحريم فعادت الى الاصل
لان وطى الزوج الثاني رجلا لم يكن هذا له شرح الماخذ
اما الدلالة عليه فنقول الرافع للشي والمزيل له لا بد وان

وان يكون بينه وبين المرفوع مناسبه تقتضي المصادمة بينهما
ووطى الزوج الثاني لا يناسب رفع التحريم واثبات الحل الا ن
غاية ما فيه انه استوفى حقه وتصرف في ملكه وهذا لا يقتضي
اثبات التحليل لشخص اخر واذا لم يكن وجه المناسبة فيه معقولا
لم يكن جعله قاطعا جعلناه غاية للتحريم واذا لم يكن تحريم لم يعقل
انتهاوه والطلقه والطلقتان لا يحرم العقد الا ان لو طى الزوج
الثاني في انهايه وقال ابو حنيفه رحمه الله كله حتى للرفع والقطع
بدليل قوله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل حتى تغتسلوا فان الغسل
يرفع الجنابه وليس بغايه لها وقالوا وقد دل عليه ان الشرع سماه
محللا فقال لعن الله المحلل والمحلل له والمحلل من احدث حلا في المحل
فدل ان له اثرا في اثبات الحل قالوا والفقه فيه هو ان الطلاق
الثلاث مسقط للحل موجبا لتحريم الحل وهو مطلوعه مقيد
حتى لو تصور ان تعيش المراه الف سنه لا تتزوج كان التحريم ممتدا
فاذا طرى عليه ما يزيله وهو وطى الزوج الثاني كان ازالة لا غاية
قالوا واذا اثبت لونه رافعا للتحريم هادما لاعداد الطلاق وجب

ان يكون افعال محل النزاع بطريق الاولى لانه اذا اوقع ابن الطلقات
الثلاث فلان يقع اثر الواحده والاثنتين اولى والجواب من
وجهين احدهما انا لا نسلم ان الطلاق الثلث اسقط حل المحل
اذ الطلاق المستفاد بالنكاح لا يزيل الحل المستفاد باصل الخلقه
وانما الطلاق يسقط الملك الذي له والحق الذي استفاده
بالنكاح فاما تحريم المحل فليس له عليه ولايه ولا جعله الشرع
اليه انما هو حكم اثبته الشرع ابتداء عند وجود الطلاق
لا انه اثر عن لفظه ولا اثبت ذلك بنفسه وانما اسقط
ملكه فثبت التحريم فهو مشابه اللعان فانه ينعقد
تحريم موبد لان لفظ اللعان ينبئ عن ذلك لان قوله اشهد
انها زنت لا يقتضي تحريما موبدا انما الشرع رتب على ذلك
التحريم فكذلك في الطلاق قولهم ان كله حتى للرفع والقطع
ممنوع واما قوله تعالى حتى تغتسلوا قلنا من اصحابنا من قال
ان الاحداث مواقيت للطهاره فهي غايه لها او تقول
الاصل يقتضي ان يكون ان يكون غايه فان جاز لغير غايه

غايه فجاز قولهم ان الشرع سماه محللا قلنا هذا لا يتناول ما نحن
فيه فان كلامنا في نكاح مباح وجد بشروطه ومرتكبه مرتكب
مباح لا يستحق اللعن وانما الملعون في النص هو الذي ينكح
نكاحا فاسدا على قصد التحليل **مسئلة** اذا اضاف
الطلاق الى جزء معين كاليد والرجل وقع عندنا وهل يقع
على جملتها بهذا اللفظ او يقع على اليد ويسري الى الباقي
ظاهر المذهب انه يقع على الجملة بهذا اللفظ لانه لا يتبعض
ومن اصحابنا من قال يقع على الجزء الذي يطلق ثم يسري الى البا في
لان الطلاق مبني على السرايه وقال ابو حنيفه
رحمه الله اذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن
الجمله وقع مثل قوله رقبتك طالق او عنقك او بدنك
او جسدك او فرجك او وجهك وكذا لو طلق جزا شايعا
منها مثل قوله نصفك او ربعك طالق فاما اذا اضاف الى جزء
معين مثل قوله يدك او رجلك طالق لم يقع ومأخذ النظر
ان محل حل النكاح عندنا الذات المشتمله على الاجزاء المتصله

بها اتصال خلقة بدليل قوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن اضاف
الانكاح اليهن وانصرف الذات عبارة عن مجموع الاجزاء والاعضاء
الموجودة لدى العقد والجزء العين بعض من الذات كالمبهم
بدليل الحكم والمعنى اما الحكم فهو انه لو حلف ان لا
يمس بعضها فمس يدها حنث في يمينه بل لو قال لها ان مسستك
فانت طالق فمس يدها طلقت اجماعا فنقول ان لم تكن اليد
الممسوسة منها فينبغي ان لا تطلق يقع الطلاق المعلق عليها
وان كانت منها ينبغي ان يقع الطلاق المنجز المضاف
اليها واما المعنى فهو ان الجملة مركبة من مجموع الاجزاء
فاذا اخرجنا احاد الاجزاء من حقيقة الجملة المركبة فاين
الجملة واذا ثبت كون الجزء المعين بعضا من الذات وكون
الذات محلا لكل الطلاق لوجه والفرج اما الحنفية
فزعموا ان مورد حل النكاح هو الذات المشتملة على
الاجزاء التي لا يعيش الانسان بدونها في مجرى العادة
والاطراف متصلة بالبدن ليست من البدن بدليل

ان البدن يبقى بحاله وحقيقته بعد ابانة الاطراف وزعموا
ان الاعضاء المعينة بالنسبة الى مورد الحل كالمعدومة وانما
حل الاستمتاع بها لضرورة الاتصال ضمنا وتبعا واحتجوا
في ذلك بامرين احدهما انه لا يصح اضافة النكاح
اليها ولو كان محلا له يصح اضافته اليه كما يصح اضافته الى الجملة
الثاني انعقاد الاجماع على صحة نكاح مقطوعة الا طراف
وعدم ثبوت الخيار فيما اذا تزوج امراة فخرج عديمة
الاطراف والجواب عن الاول انا لا نسلم
انه لا يصح اضافة النكاح اليه بل يصح اضافة النكاح
اليه بواسطة الجملة فان الاضافة الى الجملة اضافة الا جزاء
ضرورة على ما قررناه قولهم ان الذات تبقى بحسدها
وحقيقتها بعد ابانة الاطراف عنه جوابان احدهما
نقول يبقى موصوفة بالنقصان في الوصف بالنقصان
دليل على ان الفايت جزء والجملة الثاني ان الاسم الموضوع
بازاء جملة ينقسم الى ما وضع لعدد محصور كالعشرة فيفوت

الا بتم بفوات واحد منها والي ما اوضع لعدد مجتمع غير محصور
كالعسكر مثلا فانه وضع بجماعه غير محصور من فاذا ارتهم
اثنان وعشر لم يبطل اسم العسكر من الباقين وان كان المعارف
ايضا من العسكر واما امتناع الفسخ بخروجها عديمه الاطراف
فلان فوات الاطراف وان كان ضررا اعرانه لا يمنع الاستمتاع
المقصود بالنكاح فلم يلحق بضرر الرتق والقرن المانعين من
الاستمتاع **مسله** المكره على الطلاق طلاقه ينفذ
طلاقه عندنا وكذا عتاقه ولا ينعقد بيعه ونكاحه ونذره
ويمينه وساير تصرفاته فان الاكراه يرفع حكمها ولا يلزمه
شي منها مع الاكراه وقال ابو حنيفه رحمه الله
الاكراه لا يمنع وقوع الطلاق والعتاق والعفو عن
القصاص وساير الاسقاطات فانها لا تقع الا لازمه
لا يقبل الرد واما لحقه الفسخ وتقع لازمه لا يقبل الرد
واما ما يلحقه الفسخ فانه لا يقع لازمه وتاره يقع نافيا كالبيع والاجاره
والهبه فانه ينعقد موقوفا على اجازته ورده بناء على الرضا
و

في العقود من ارباب الشروط وفساد الشرط عندنا يوجب
فساد الوصف دون الاصل على ما قررناه في مسله البيع
الفاسد واختلف اصحابنا في حد الاكراه الذي يمنع وقوع
الطلاق على وجهين فمنهم من قال ينحصر ذلك في التهديد
بالقتل والقطع واما غيرهما فلا ومنهم من قال وهو المذهب
ان يتحقق بسته اشيا وهي التهديد بالقتل او بالقطع او
باخذ المال والشتم او الضرب او الحبس ثم انهم قالوا الاكراه
بالقتل والقطع اكراه في حق كل احد يستضر به اما الاكراه
بالضرب والشتم فقد يختلف باختلاف احوال الناس
فان كان من ذوي الاقدار والمروات الذين يبالون به
كان ذلك اكراها في حقه وان كان من السفلة السطا د
الذين لا يبالون به لم يكن ذلك اكراها في حقه وما خذ النظر
ان وقوع الطلاق عندنا لا يكفي فيه مجرد القصد الى ايجاب
الصيغه بل لا بد من قصد ازاله الملك بها وذلك مفقود
في المتنازع فيه فانه قصد التلفظ بخلاص نفسه لا لازالة له

ملكه ويدل على اعتبار القصد الذي ذكرناه مسئلتنا ان اخذ بهما
الحاكي للصيغه فانه يقول قالت طلقت زوجتي فصرح باللفظ
وقصد احاده ولا يقع طلاقه قالوا ذاك اخرج من معرض
الحكايه فان ذلك قرينه داله على انه لم يقصد ازاله ملكه
قلنا وكذلك الاكراه قرينه داله على انه لم يقصد
ازاله ملكه وانما قصد الخلاص ولا يلزم على هذا الهازل
فانه لم يظهر انصراف قصده عن الايقاع لمعارض يعذر فيه
فان الاكراه نوع عذر له فيه ويستحق صاحبه ان ينظر
له اما الهزل فلا يصلح ان يكون معارضا ولا يستحق صاحبه
ان ينظر له بل هو جدير بان يغلظ عليه حتى لا يهزل بالطلاق
فاذا وطنه القصد مطرح في حقه من غير معارض والحكم
عليها بخلاف محل النزاع ولا يلزم اذا اجبر على الطلاق حيث
ينفذ طلاقه مع انتفا القصد فان المولي لا يحب عندنا بل
للحاكم ان يطلق عليه اذا امتنع الا انه يحبس وكل ما يمنع الحق
عن مستحقه فالقاضي يستوفيه للمستحق جبرا وذلك لا يدل

على سقوط اعتبار القصد في التعليق بل وازنه استيفا الامام ـــ يحج
الزكوه من الممتنع قهرا بدون نيه المالك لا يدل على الاقرار
بالطلاق وصورتها لو اكره حتى قال طلقت ثلثا بالامس فانه
لا ينفذ اجماعا حتى لو قال كذبت فانه يقبل فليكن كذلك
في الانشا فان دلاله قرينه الاكراه على صدقه هاهنا
كدلالتها على صدقه كقوله كذبت في الاقرار واما
الحنفيه فانهم قالوا اللفظ هو العلم الدال على زوال
الملك ووقوع الطلاق فاذا صدر من اهله مضافا الي
محله يجب ان ينفذ كطلاق الهازل ونحن نقول
نسلم ان اللفظ هو العلم الدال اذا لم يوجد كطلاق ما يدل ـــ رصه
على نقيضه ولكن قد وجد ما يعارضه ويضاده فان
الاكراه علم دال على انه قصد باللفظ خلاص نفسه
من يد الظالم لا ازاله النكاح على ما تقدم مسله
الطلاق عند الشافعي معتبر لصفه الزوج من رقه
وحريته فالحر يملك ثلاث طلقات سوا كانت زوجته

حرا او امه وقال ابو حنيفه رحمه الله الاعتبار
نصفه للمراه ان كانت حره ملك زوجها ثلث طلقات
حرا كان او عبدا وان كانت امه ملك زوجها
طلقتين حرا كان او عبدا وماخذ النظر ان حكم الطلاق
عندنا قطع النكاح والنكاح على الحره والامه ما يتحقق
من زوجته الحره غير ان حقه فيها قد يكون مزحوما
بحق السيد ولو ترك السيد حقه من الخدمه
تسلط الزوج بحكم النكاح على زوجته الامه تسلطه
على زوجته الحره فهي مشابهه الحره المجبوسه في حق
ادا نكاحها ثانيا قال ابو حنيفه رحمه الله
حكم النكاح ازاله حل المحل والحل في حق الحره اكثر
منه في حق الامه فكان الطلاق في حقها اكثر وقرروا
هذا بان الحل نعمه وكرامه ادا النكاح نعمه وهو عقد
مصلحه من الجانبين وحط الرقيق في النعم والكرامات
دون حط الحر فكان حل الحره فوق حل الامه ولهذا

امتنع

نكاح الامه الا من حال عدم الحره او عدم طولها وكذلك
تفاوتا في القسم والواو يدل على نقصان الحل والجواب ان احدهما
ان حق السيد فيها يتقدم على حق الزوج فانه لا يسلمها
الى الزوج في زمن الاستخدام والانتفاع الثاني ان احد
الرجعه في حقها ناقص بسبب نقصان عدتها واذا ثبت نقصان
الحل في حق الامه كان المزيل بحسب المزال ان قل فقل وان
كثر فكثر **والجواب** قولهم ان الطلاق
مشروع لازاله الحل قلنا قد ابطلنا ذلك في مسئله
المختلعه فان سلمنا فلا نسلم تصور النقصان في الحل فانه
لا يتجزى في حق المحل غايه ما في الباب ان حق الزوج
فيها مزحوم بحق السيد وقد بينا ان ذلك عارض لا يقدح
في كمال الاستحقاق كما في حق الحره المجبوسه في حق ادا
نكاحها **مسئله** المبتوته في مرض الموت لا ترث
على القول المنصور في الخلاف وهو الصحيح وقال
ابو حنيفه رحمه الله ترث ما دامت في العده وساعدنا

فيما اذا كان الطلاق في حال الصحة او كان الطلاق سوالها
او كان قبل المسيس انها لا ترث وكذلك قالوا لا يرث هو
منها اذا ماتت في العدة وقال ابو علي الطبري ترث وان
لم تجب وماخذ النظر عندنا انقطاع سبب الارث
فان الارث انما يثبت بنسبٍ او سببٍ ولا نسب بينهما
والسبب قد زال بكل وجه فان الطلاق الثلث او الطلقة
البائنة مزيل للنكاح من كل وجه على ما قررناه في مسئلة
نكاح الاخت في عدة الاخت والذي
نبينه هاهنا ان الطلاق في اصل وضعه مستعمل
في حل الوثاق ثم صار بعرف استعمال حملة الشريعة والذكر
في القران مختصا بحل وثاق النكاح فكان له النص باصل الوضع
في الدلالة على قطع النكاح وهو معتبر بالاجماع والاصل
اعتبار اللفظ في جهة اشعاره ويتايد ذلك بالطلاق
قبل المسيس فانه قاطع من كل وجه اجماعا ولا حادث
سواه والخصم ماخذه ان احدهما دعوى بقا النكاح من

وجه لقيام العدة وهو باطل بما لو طلقها في حال الصحة ومات في
عدتها الماخذ الثاني دعواهم التهمة في طلاق المريض بقصد
الفرار من توريثها اذا ثبت لها حق الارث في احواله بمرض
الموت على وجه ينقلب حقيقة الملك عند الموت
بدليل انها تتمكن من نقض تبرعاته فيما زاد على الثلث قالوا والنكا ح
سبب حقها فكما يحجر عليه في ابطال سبب حقها لان عصمة
حقها تتم بالامرين جميعا وهذا فاسد من وجهين احدهما
انه خلاف الظاهر فانها حالة انقطعت فيها الامال الا من الله
عز وجل فاقدم على ربه خايف عقابه راج ثوابه فلا يظن به
انه يرتكب محرما وقد استشهد الاصحاب على ذلك بقصة
الصديق حين عهد الى عمر رضي الله عنهما فقال هذا ما
عهد ابو بكر رضي الله عنه اخر عهده بالدنيا
واول عهده بالعقبى حالة يبر فيها الفاجر ويومن فيها
الكافر اني استخلفت عليكم عمر بن الخطاب
فان عدل واحسن السيرة فذلك ظني به والا فسيعلم

الذين ظلموا اي منقلب ينقلبون الثاني ان ذلك
نبطل بما قبل المسيس فانه يتهم ولا يرث فان قالوا لا
لم يوثر علقه فانه لا علة قلنا باطل الطلاق في حال
الصحه فان العله قايمه ولا ترث ويبطل ايضا بما لو
كان له ابن عم مكاتب فسعى لقيطا من قارعه ويوي لكنه العا
ه في مرض الموت فان كل ذلك نافذ مع التهمه وربما
تمسكوا في المسئله بما اعتقدوه اجماع الصحابه
وهو ما روي ان عثمان ورث زوجه عبد الرحمن
ابن عوف تماضر بنت الاصبغ الكلبيه وقد
طلقها في مرض الموت وقال من فر من كتاب الله
رد عليه قالوا وهذه قصه كانت بمشهد من الصحابه
وانتشرت وذاعت وما انكر منكر فكان
اجماعا **والجواب** عن هذا ان نقول
دعوى الاجماع غير ممكن فان في زمن عمر كان اصحاب

رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بعدوا وتفرقوا
وتباينت بهم الديار وتنازحت الاوطان سرية في الشرق
وسرية في الغرب فمن اين فهم اجتماعهم وموافقتهم
على هذا الحكم وتصور مثل ذلك عسر ثم لا نسلم عدم
الانكار اذ نقل عن زيد بن ثابت رضي الله عنه انه قال
لو كان الامر الي لما ورثها وان سلم سكوت الكل فلان
الحكم في محل الاجتهاد وكل مجتهد مصيب او
لعلهم سكتوا حتى لا يشقوا العصا على الامام
اذ لا يعترض عليه فيما يفضي اليه اجتهاده **مسايل**
الرجعه مسله وطي الرجعيه حرام عندنا
وكذا الاستمتاع بها والنظر اليها بشهوه وغير شهوه
وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يحرم وطيها
واذا وطيها بذلك الرجعه وقد سلم تحريم الخلوه والمسافره
بها من غير قصد الارتجاع ومأخذ النظر ان الطلاق
عندنا يزيل الملك في حق الحل دون ساير الاحكام

وعندهم لا يزيل الملك ولا الحل ولا شيء من الاحكام
في الحال والدليل على صحة ما ذهبنا اليه ان نقول
لا يخلو هذا الطلاق اما ان يكون قد اوجب خللاً
في النكاح واثر اثراً او ما اوجب فان قلتم ما اوجب
خللاً ولا اثر اثراً وان ما بعد الطلاق وما قبله على
صفة واحدة كانت العدة واجبة في صلب النكاح
واذا كان كذلك يجب ان لا يحتسب بها لانها تكون
كمدة تربص الايلاء والطلاق المعلق وقد اجمعنا
على انه يحتسب بها من البينونة حتى لا يجب عليها عدة اخرى
بعد انقضائها ولو لم يكن الوطي محرماً لكانت المدة تربص من
غير احتساب فيحتاج بعد ذلك الى استيناف عدة كما
في مدة الايلاء والطلاق المعلق وحيث انعقد الاجماع
على انه يحتسب بها من العدة دل انها مانعة من الوطي
كعدة البائن وان قلتم ان الطلاق اوجب خللاً واثر اثراً
قلنا فهذا القدر من الخلل كاف وتحريم الوطي لان

لا انقطاع يخلطها والحل اول ما يرتفع واسبق ما يرتحل
من احكامها ونظيره ما اذا اسلم احد الزوجين فان
ابا حنيفة قال يثبت حل الوطي ويرتفع في الحال ثم ان كان
ذلك في دار الاسلام وان كان في دار الحرب وقف
على مضي ثلثة اقراء فكما جاز ان يبقى العقد هناك فلاجل
جاز في مسئلتنا مثله وابو حنيفة رحمه الله يدعي ان
الحل في النكاح لا يقبل الانفصال عن الملك وذلك
انه قال لا بقا للسبب مع انقطاع حكمه والحكم الاصلي
والمقصود الكلي في النكاح هو الحل ومن ضرورة ارتفاع
الحل ارتفاع النكاح وهذا مطرد في ساير الاسباب
لا يبقى شيء منها مع زوال حكمه بل في ملك اليمين جاز ان يرتفع
الحل ويبقى الملك تابع فان المكاتبة لا يحل وطيها والملك
في حقها قائم فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
والجواب عن هذا ان نقول يجوز ان يرتفع الحل
مع بقاء العقد بدليل الحكم والمعنى اما الحكم فما ذكرناه

من انسلام احد الزوجين واما المعنى هو ان تقول الزوال
على ضربين زوال مطلق وزوال مترقب فالزوال المطلق
هو الذي يرفع السبب لا ان لسبب اذا كان مطلقا
فزال حكمه مطلقا ارتفع والزوال المترقب هو الذي يتقلد
على اسند ذاكه ومسئلتنا من هذا القبيل فان زوال الحل
لم يكن مطلقا وانما هو مترقب ولا يكون على الحقيقه
زوال الا بل هو احتباس كما بيناه من انسلام احد الزوجين
ولو كان زوالا بل هو احتباس كما بيناه من اسلام
احد الزوجين لو كان زوالا مطلقا لاحتاج الى سبب
مثل الاول كامل بشروطه **مسئلة** لا تحصل الرجعه
عندنا الا بصريح القول على ما نطق به القران في
حق القادر على النطق وبالاشاره عند العجز عن القول
كالنكاح سوا وقال ابو حنيفه رحمه الله
تحصل بالقول والفعل فتحصل بالوطي بقصد الرجعه
بقصد وبالنظر الى الفرج واللمس والقبله بشهوه فاما

اذا كان بغير شهوه فانه لا يقع به الرجعه ولا تحصل بالخلوه
الا قصد بها الارتجاع ومعنى حصول الرجعه عندهم
ارتفاع تحريم الخلوه والمسافره بها واعلم ان هذه المسئله
فرع المسئله السالفه من حيث ان الرجعيه محرمه الوطي
عندنا فكان اعاده للحل وبهاه لا انشا في اشتراط القول
وعندهم لم يحرم وطيها وانما الملك اشفى على الزوال
فاشبهت الجاريه المبيعه في مده الخيار فانها تعود
بالقول مره وبالوطي اخرى اعني اذا وطيها البايع فانه
يكون فسخا قالوا وجه التشبيه بينهما انه اسند ذاك
مستند ذاك اشفى على الزوال ونحن نقول هذا اصل الخصم
مسئلتنا به وها هنا اصل اخر في معارضته لا يحصل
الارتجاع فيه بالوطي وهو في الجاريه الموهوبه فان الواهب
اذا وهب ممن يملك الارتجاع عليه ثم وطيها في يد المتهب
لم يكن ذاك ارتجاعا لها الى ملكه ومسئلتنا بهذه المسئله اشبه
من حيث ان الارتجاع في مسئلتنا لا يرفع السبب ولا يزيله

ولا يقطع ما به حصل الحل وهو الطلاق فانه باق
ولم يرتفع فكان الارتجاع مع قيام الطلاق الذي هو السبب
للزوال على خلاف القياس وكذلك ارتجاع الموهوبة
فانه ثبت ايضا على خلاف القياس لان ملكه زال وارتفع
الحل وارتجاعها بعد ذلك الى ملكه بمجرد قوله امر لا تقتضيه
القياس بخلاف وطي الجاريه المبيعه في مده الخيار فانه
حصل به الاستدراك على وفق القياس من حيث ان
الخيار هو الذي اثبت الحل فكان الرجعه الاستدراك
مزيلا للسبب من اصله فارتفع الخيار وانفسخ البيع
فعادت الجاريه الى ما كانت فارتجاع المنكوحه شبيها
بارتجاع الموهوبه فان قيل ان القصد امر كامن لا يوقف
عليه وانما يتوصل له الدلالات اليه والوطي ابلغ منه قلنا
الوطي يكون دلاله ابلغ منه قلنا الوطي يكون دلاله اذا لم
يعارضه سبب اخر على نقيضه يدل على انه لا اراده اصلا
وهو اذا انزلت اليه وهو نائم او وطيها يعتقد انها

حليلته الاوله او اجنبيه ومعلوم ان الرضا والاكراه
فرع العلم وتبع له من لا يعلمها كيف يتصور انه يريدها او يقصدها
فدل ان هذا الكلام لا فقه فيه مسله اذا الى
من زوجته بان قال لها والله لا وطيتك ابدا او لا وطيتك
اكثر من اربعه اشهر فعندنا يضرب له اربعه اشهر
فان فا اليها والا يقال له بعد مضي اربعه اشهر اما ان
تفي اليها او تطلقها فان لم يف كيف تطلق فيه وجهان
احدهما يجبر على الطلاق والثاني يطلق الحاكم عليه
وقال ابو حنيفه رحمه الله يضرب له مده
اربعه اشهر فان فا اليها في المده والا وقع الطلاق
عقيب انقضا المده شرعا باينا ومأخذ النظر ان مده
الايلا حق للزوج عندنا لا يتوجه عليه باينا ومأخذ
النظر ان مده الايلا حق للزوج عندنا لا يتوجه عليه
المطالبه فيها ولا هي محل للفيه ولا للطلاق فاذا انقضت
حلت المطالبه عليه فيوقف ويطالب بالفيه وهو

الجماع او الطلاق لانه ان وطي في المده يكون قد اوفى
الحق ولكنه قدمه على وقته كالدين المؤجل ان وطي في المده
يكون قد اوفى الحق ولكنه قدمه على وقته كالدين المؤجل
واستدل الشافعي على ذلك بقوله تعالى للذين يؤلون
من نسائهم تربص اربعة اشهر فان اضاف المده الى
المولي وجعلها له فيجب ان لا يطالب فيها بشي ولا يستحق
الا بعد انقضا الاجل لان المده لمن عليه الدين كذلك هاهنا
المده للمولي فكانت المطالبه بعدها وقال ابو حنيفه
الله اعني لاربعه الاشهر محل للفيه والطلاق انه
متى طلق او وطي يكون قد اتى بذلك في محله فاذا انقضت
المده ولم يطا طلقت المراه طلقه بائنه وشبهوا ذلك
بالطلاق وقالوا هذا اللفظ يقتضي وقوع الطلاق
بنفسه من حيث انه مضاد للنكاح مناقض لوضعه
لانه حلف ان لا يطاها ورفع الحل ومعلوم ان حكم النكاح
الاصلي هو الحل فاذا رفعه بقوله وحلف على تركه

كان

كان يجب ان تثبت البينونه عقيب انقضائها كما في الطلا ق
فان القياس يقتضي اثبات النكاح به في الحال لانه اشتقا ط
خى وهو المنافي للنكاح غير ان الشرع ضرب فيه مده واجلا
رخصة لهم المده اذا انقضت وقعت البينونه عقيبه
كذلك هاهنا ونحن نقول هذا فاسد قطعا
فان الطلاق اما ان يقع بصريح او كنايه اما الصريح فالفا صنه
محصوره ليس الايلا واحدا منها واما الكنايه فليس
الايلا ايضا من جملتها لوجهين احدهما ان الكنايه اذا
نوى بها الطلاق يحصل الوقوع في الحال وهاهنا ان نو ي
الطلاق لا يقع في الحال الثاني ان الكنايه تفتقر
الى نيه وهاهنا لا يحتاج عندكم الى نيه عقيب انقضا
المده واذا بطل ان يكون كنايه وبطل ان يكون صريحا
والطلاق منحصر في هذين الطريقين لم يبق لايقاع الطلا ق
وجه قولهم انه رفع الحل المقصود بالنكاح قلنا باطل
فان قوله والله لا وطيتك ليس رافعا للحل من المحل بل

بل الحل قائم لا يرتفع بقوله وغايه ما وجد منه الانكفاف
والامتناع من الوطي وانما رفع الحل الى الشرع لا اليه
والشرع ما ازال الحل بقوله والله لا اوطيك كما في قوله
والله لا اكلت الطعام بل الوطي الى اختياره والحكم
ثابت بحاله فهو بمنزله ما لو قال والله لا انفقت عليك
والله لا كسوتك فاذا قصد الاضرار بها فان كان له
مال اخذ منه الحاكم وانفق عليها وكساها فان تعذر
ذلك فعندنا لها ان تفسخ النكاح وعندكم يرفع
بيه عنها قولهم ان مده الايلا كمده الطلاق باطل
لان مده الايلا مده تربص لا تحتسب بها
عن البينونه بخلاف العده المتعقبه للطلاق فانها
ليست مده تربص فلانه يحتسب بها عن البينونه
وربما احتجوا بقول ابن عباس رضي الله عنهما الايلا
طلاق جاهلي فزاد الشرع فيه اجلا قلنا قوله طلاق
جاهلي لا يعني بل يجب ان يكون طلاقا اسلاميا وقولهم

زاد فيه اجلا هذا من قوله وقول لواحد من الصحابه لا حجه
فيه على انه معارض بما روي الشافعي عن سليمان بن يسار
قال ادركت بضعه عشر نفسا من الصحابه كلهم
يوجبون على المولي بعد مضي اربعه اشهر اما ان يفي او
يطلق

مسايل الظهار مساله

الظهار الذمي صحيح عندنا ويتعلق به من الحكم ما يتعلق بظهار
المسلم ويكفر بالاعتاق والطعام ولا يكفر بالصيام لانه
لا يتصور منه وقال ابو حنيفه لا يصح منه الظهار
ولا التكفير عنه ومعنى الظهار تشبيه المحلله
بالمحرمه بصيغه مخصوصه واما العود فقد اتفقنا
على ان معناه نقض الظهار واختلفنا فيما يحصل به النقض
فعندنا امساكها بعد التلفظ بالظهار زمانا يسع الطلاق
من غير ايقاع طلاق فانه قد يكون كذب في تشبيهه لمناقضه
قوله فعله وعندهم يحصل بالعزم على الوطي وللمساله ماخذان
ان حكم الظهار عندنا تحريم المنكوحه عليه تحريما مطلقا

والكفاره موجب العقود لكونها رافعه للتحريم المطلق
الذي اقتضاه السبب بعت الاطلاق حتى لو طلق
عقيب الظهار فان الكفاره لا تجب اجماعا ثم اذا عاد
عايد اولزمته الكفاره يحرم عليه الوطي حتى يكفر لقوله
تعالى من قبل ان يتماسا والدليل على ان حكم الظهار
التحريم المطلق انه لو وطي قبل الكفاره فقد فات وصف
التقديم على المسيس ولم يبق الا الكفاره بعد المسيس فانا
نقضي بكون المسيس محرما الى حين براءة الذمه من الكفاره
فدل ان الكفاره رافعه تحريم الظهار واذا ثبت ان
حكم الظهار التحريم فالذمي اهل للتحريم المطلق بدليل
الحكم والحقيقه اما الحكم فلان الكفر حرام عليه اجماعا
وكذلك الزنا والقتل وساير الجنايات واما الحقيقه
هو ان الشرع التحريم للزجر عاجلا وللماثم اجلا
والذمي اهل لهما بدليل اصل التكليف وقال
ابو حنيفه حكم الظهار وموجبه تحريم موقت ينتهي

باخراج الكفاره ولو صح منا من الكافر كانت الحرمه غير
موقته لكون الكفاره لا تصح منه واستدل على الدعوي الاولي
بحديث سلمه بن صخر البياضي رضي الله عنه حين ظاهر
عن امراته واتاها في ليله قمراء فلم يتمالك حتى واقعها فذكر ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال استغفر الله ولا تعد حتى
تكفر وكلمه حتى لانتهاء الغايه فدل ان السبب لم يقتض التحريم
الا الى هذه الغايه فصار كتاجيل المنافع في الاجاره
واما بيان ان الذمي ليس من اهله هو ان الكفاره عباده
والكافر ليس اهلا للعباده لوجهين احدهما افتقارها
وحقيقه النيه لا تخلو عنه بدلا وجيلا له والصوم
عباده محضه والجواب عن هذه الماخذ
من وجهين احدهما انا نمنع دعوى انتهاء بلا تنها
وكلمه حتى كما تستعمل لانتهاء الغايه تستعمل الا لابتداء ع
الحكم لنظر وقاطع كما في قوله تعالى حتى تغتسلوا فانها
ليست للغايه بل معناها حتى ترفعوا الجنابه بالغسل

قولهم ان الكفارة عبادة قلنا لا نسلم بل هي غرامة
واما النية فلتشترط فيها لا للتقرب بل للتعيين والتمييز
كما في كتاب الطلاق فان الرجل قد يعتق متبرعا وقد
نحو عن الكفارة واداء جهة الكفارة تكفي وكما
قلتم في جزاء الصيد يجب فيه النية للتعيين قولهم ان الصوم
بدل فيه قلنا لا جرم لا يخلو عنه بدله ومبدله
قولهم انه عبادة محضة قلنا لا نسلم انه شرع هاهنا بجهة
كونه عبادة بل دخل في باب الكفارة من حيث
انه سبب الكلفة والمشقة فان تتابعه شهرين بالصوم
الكلف والمشاق ثم المشقة في الاعتاق اعظم
من الصيام وفي الاطعام انقص من الصيام فلا جرم
توسط الصيام بينهما فكان بدلا عن الاعتاق ومبدلا
عن الطعام **الجواب** الثاني عن اصل الكلام
انه يبطل بالايلا فانه صح مع تقييده بالكفارة المأخذ
الثاني قولهم سلمنا ان موجبه التحريم المطلق لكنه

من فروع الشرع والذي لا يمكن خطابه بفروع الشرع
لانه يمكنه اقامة الفروع الا بعد احكام وهذه
مسئلة اصولية مشهورة واقرب دليل على بطلانه
هاهنا ان الجويني يستحل امه وقد قلتم بصحة ظهاره
فكيف يكون قوله انت علي كظهر امي تحريما في حقه
والجواب من وجهين احدهما ان جميع
ما ذكرتموه باطل بحرمة الايلا والطلاق والخلع والعدة
والحيض والمصاهرة والحرمة المغلظة بالطلقات الثلث
فان جميع هذه التحريمات ثابتة في حق الذمي حسب
ثبوتها في حق المسلم اجماعا الثاني ان دليل القبول
قائم فيلزمه القبول كاصل الاسلام قولهم انه لا يمكنهم
اقامة الفروع الا بعد احكام الاصول قلنا لا جرم يلزمهم
الفروع بشرط تقدم الاصول كالمحدث يؤمر بالصلوة
بشرط تقدم الطهارة وهذا لان المقتضي لخطابهم بالاصو
كونهم فاهمين بشرط تقدم الطهارة وهذا لان المقتضي

بخطابهم بالاصول لكونهم فاهمين للخطاب
قادرين على الامتثال وهو متحقق في الفروع ويشهد له
نص قوله تعالى ما سلككم في سقر قالوا لم نك
من المصلين ولم نك نطعم المسكين وكنا نخوض مع
الخائضين مع انهم عوقبوا على ترك الصلوة والزكوة وقولهم
ان المجوسي يستحل امه فلا يتحقق في حقه الظهار قلنا لا عبرة
باعتقاده بل الاعتبار بوضع الشرع والام محرمة شرعا
اعتقد ذلك معتقد ولم يعتقد الا ترى انا لا نقره على
نكاح محارمه اذا اسلم ولا نعتبر اعتقاده كذلك ها هنا
مسألة اعتاق الرقبة الكافرة لا يجزي في كفارة
الظهار ولا غيرها من الكفارات عندنا خلافا لابي
حنيفة رحمه الله فانه قال الايمان شرط في كفارة
القتل فحسب ومأخذ النظر ان الزيادة على النص المطلق
عندنا بيان للمراد المطلق فليس في اشتراط الايمان في كفارة
الظهار نسخ بما دل الكتاب على اجابه من حيث ان وجوب

الاعتاق في حق المعتق ابتلاء وفي حق المعتق رفقه وانعام
وتوسيع واكرام من المعتق فاذا ذكر الانعام مقرونا
بالاسلام ظهر بينهما وجه الالتئام وبان ان المطلوب
في حق المعتق الابتلاء مقيد بقيد الايمان وان الكافر
ليس اهلا لان يكون مصرفا لحقوق الله تعالى وزعمت
الحنفية ان المامور به في الكتاب تحرير رقبة
مطلقة فاثبات قيد الايمان زيادة على النص المطلق وهو
نسخ فيمتنع بالقياس وقرروا هذا بان الاطلاق مقصود
الكلام كالتقييد فكما لا يرتفع مقيده بالاطلاق لا يرتفع
مطلقه بالتقييد قالوا ولا يلزم على هذا اشتراط
السلامة فان المطلق يحمل على الكامل والعيب نقصان
للاجزاء المحسوسة من المأخذ التي كانت الرقبة
اسما لمجموعها وزوال العقل والبصر وسائر القوى
ملحق بالاجزاء بدليل نقصان ضمانها عن تقدير ضمانها
كاملة لا يلزم الزمن فانه هالك حكما فيكون موجودا

من وجه والمطلق يقتضي موجودا من كل وجه اما
الايمان ففضيلة زايدة على كمال الذات كالعلوم
والاداب فاشتراطهما يكون زيادة في الكلام

والجواب هو انا لا نسلم ان اشتراط قيد الايمان
نسخ فان النسخ اثبات ما دل الكتاب على نفيه
او نفي ما دل على ثبوته والايمان مسكوت عنه في كفارة
اليمين والظهار فلم يكن اثباته نسخا بل هو ضم دليل الى دليل
واعمالهما في حق الحكم جميعا نعم لو عرف ان المطلق
اريد اطلاقه ونفي القيد عنه امتنع تقييده بالقياس
ولم يثبت ذلك فكان اثبات الايمان بيانا لا نسخا
ثم ينتقض جميع ما ذكروه بمسائل التقييد فان مطلق
لفظ الرقبة ينطلق على الصحيح والمجنون والمرتد
حتى لو قال ذو الجلال احرار عتق جميعهم وكلها قيود اثبتناها
بالادلة فكذلك وصف الايمان وهم ان المطلق في كل جنس
ينصرف الى الكامل من ذلك الجنس قلنا لا نسلم بل

الاطلاق ينصرف الى السليمة والمعيبة بقولك رقبة كقولك
انسان يقع على الرجل والمراة والكامل والناقص ويدل عليه
الاحكام فانه لو قال لوكيله اشتر لي رقبة فاشترى
له رقبة معيبة صح بثمن المثل وعندهم باي ثمن كان وكذا
لو حلف لا اعتق او ما رايت رقبة وقع ذلك على السليمة
والمعيبة **مسئلة** اذا اشترى اباه على نية
الكفارة لم يجز به عن الكفارة عندنا خلافا لابي
حنيفة رحمه الله فانه قال يجزيه وماخذ النظر ان
سبب حصول العتق عندنا القرابة السابقة والشرا
شرط ممهد لمحل العتق وهو الملك كالاحصان مع الزنا
وتقرير الماخذ ان القرابة ثنا سبب العتق والعتق
يصلح ان يكون حكمها كرامة للقريب ومجازاة له
على حقوقه فان الاعتاق صلة وانعام وارفاق
٥ واكرام والقرابة محل الصلة والانعام والمجازاة
بالحسنى فان حرمة الولادة يليق بها المجازاة بالعتق

على ما نطق به النص عن ان الشرط حصول العتق بالملك فالملك
عند حصوله يقع مقرونا بالسبب المقتضي للعتق فيحصل العتق
معه بالقرابة ولا يكون الشرا اعتاقا والتحقيق فيه هو ان
الواجب عليه التحرير فالتحرير عبارة عن ايجاد علة الحرية
لا عن ايجاد شرطه وزعمت الحنفية ان حصول العتق هو
الشرا والقرابة شرط واحتجوا في ذلك بالنص والحكم والمعنى
اما النص فقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده
حتى يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه سماه معتقا ولم
يسمي بعد الشرا اعتاقا فدل انه معتق بنفس الشرا
معناه حتى يعتقه بالشرا كما يقال حتى يطعمه فيشبعه
اي بالاطعام واما الحكم فثبوت الولا للمشتري
والولا الا لمن اعتق قال عليه السلام وانما
الولا لمن اعتق واما المعنى هو ان من اشترى اباه او
قريبه سواه وقد علم ان العتق بعقبه ~~واما المعنى هو~~
ان من اشترى اباه فقد اتى بغاية ما في وسعه ولا يتعدى

على اكثر من ذلك فهو كمن قرب القطن من النار فانه
يسمي محرقا لان الله تعالى قد اجرى العاده بان النار
تحرقه لما يقاربه فاذا قرب اليها ما تحرقه عد محرقا
ومهلكا حتى يجب عليه الضمان وكذا من قطع خيط
القنديل يعد متلفا لان في العاده ان الخيط
اذا قطع وقع القنديل وتكسر كذلك هذا المشتري
لابيه لما كان بنفس الشرا يحصل العتق شرعا يسمى معتقا
بشراه ويدل على انه لو اشترى نصف ابيه لا يعتق عليه
ولا يغرم شيا لانه لا يحصل بنسبه واختياره والجواب
نقول لسنا نسلم انه معتق بالشرا وتسميته معتقا
في الحديث مجاز على انه يتوصل الى عتقه بشرايه ٥
وصاحب الشرط قد يسمى فاعلا مجازا كما يسمى حافر
البير قاتلا مجازا ودليل المجاز صحة اشتراط الخيار
واما الولا فهو حكم العتق لا حكم الاعتاق بدليل
الطفل اذا ورث اباه ومن ورث قريبه وهو نايم

فانه يعتق عليه فكان لولا الله من غير اعتاق على ان العتق
في الغالب لا يحصل الا بالاعتاق فاخرج النبي صلى
الله عليه وسلم كلامه مخرج الغالب المعتاد حيث
قال الولاء لمن اعتق **والجواب** عن المعنى
انا لا ننكر في ولكن ان الشري سبب للعتق فانه
ممهد سبب العتق موصل اليه على انه لو قطع العتق
عن القرابه وهي السبب السابق الاول تمييزا لعله
عن الشرط انما يثبت بالمناسبه والتاثير وعليه
عول في تمييز الزنا عن الاحصان والتعليق عن الصفه
والتردد به عن حفر البير والقرابه مناسبه موثر
بالاتفاق فانها وصله والعتق مكرمه وصله والقرابه
وصليه متقاضيه بحكم العاده للصله فكيف لا يتقاضي
دفع يد الاذلال والارقاق فحصل العتق بهذه المناسبه
اما الشرا فهو سبب للملك والملك بعينه لا يناسب
لا يناسب زوال بعينه والمعتوهان عن زوال الملك

ويثبت الثني بجواز المعنى سبب بقاية فاما ان يجعل
سبب فنايه في عينه فهو محال بل لا بد فان يحال فناو
وانقطاعه على سبب من خارج زايد على ذات الزايل
بالضرورة وهو القرابه واما الترابه فانه يبنى على امكا ل
العزم وامكان العزم يتعلق بالشرط المحض وكذلك وجب
الضمان على حافر البير فانه ليس بشرط فيه الا اختيا رها
وله في هذا العتق اختيار من حيث انه اقدم على الشرا
الذي هو شرط ثم تعارض هذا الحكم بصحه اشتراط
الخيار فيه مع ان العتق لا يثبت الخيار **مسئله**
حد القذف يورث عندنا ويسقط باسقاط المقذ و
وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يورث ولا يسقط
باسقاط المقذوف ومأخذ النظر ان المغلب فيه عندنا
حق الادمي وعندهم حق الله تعالى بعد الاتفاق على
اشتماله على السببين لما اشتماله على الشايبتين في
حيث ان القذف جنايه على عرض هو حق الادمي

وهو في نفسه فاحشه قبيحه عرفا وشرعا يتضمن
هتك حرمه القاذف في نفسه كما ان السرقه جنايه
على حق ادمي وهي في نفسها فاحشه قبيحه توجب هتك
حرمه السارق نفسه بطلبه برد له الفاحشه
وكما ان الجنايه على الدم جنايه على حق الادمي
وعلى حق الله تعالى بهدم بنيه محترمه لله وللادمي
الا ان الشرع ميز في باب الدم الواجب لحق الله
عن الواجب لحق الادمي فاوجب الكفاره والقصاص
او الديه وصارت الكفاره محض حق الله في مقابله الجنا[يه]
على حق الله وصارت القصاص او الديه محض حق
الادمي وفي السرقه ميز الواجب اذا اوجب رد
المال حقا لحق الادمي كما في الغصب والاتلاف
واوجب القطع محضا لحق الله مجازاه على مفارقه
الفاحشه المستقبحه عرفا وشرعا وحد الزنا والشرب
وجب محضا لحق الله فانهما وجنايتين سقوط

حق المزني عليه بها لما وعنها بل وجب عليهما ايضا
ووجب على من شرب خمر نفسه وفي القذف لم يبين
الشرع من ما يجب للادمي جبرا لحقه ومن ما يجب
لله جزاء على الفاحشه لحق الله وجبر لحق الا دمي
من حيث ان العرض انثلم بسبب القذف وحصل
للحد التكذيب ودحض العار واعاده صيا نه
العرض فكان الحد متضمنا للمعنيين من حيث
الحقيقه واما بيان تغليب حق الادمي فيه هو ان
نقول وقع الاتفاق على ان القصاص فيه الحقان
حق الله وحق الادمي والمعنيان جميعا معتبران شرعا ن
فيما فيه من معنى الردع والزجر والمصلحه العامه
والمنفعه الكليه صار فيه حق الله تعالى اذ المصلحه
العامه والمعاني الكليه انما تشرع لاجل الافراد
ويدل عليه انا قلنا الجماعه بالواحد تحقيقا لهذا المعنى
ومع هذا فالمغلب في القصاص حق الادمي حتى يسقط

باسقاطه فراينا ان المعنى الذي وجب العلس هنالك
ان في استيفا القصاص يحصل له التشفي ودرك الثار
وذاك انه اذا قتل القتيل حصل في قلب وليه وعشيرته
من استعار نيران الغضب وتوقد الغيظ والحنق
ما يطفى ناره الا بقتل قاتله فكان خصوص هذه
المفسده اشد اقتضا من الجهه العامه المنسوبه
الى الله تعالى فجعل الشرع له طريقا الى شفي غيظه
واطفا وقد قلبه فصار بهذا الطريق حقا له
ان شا استوفاه وان شا عفى عنه وهذا المعنى
موجود في الحد فانه لما قذفه اضرم في قلبه
نيران الغضب واخذ به ولم جاهه ونكس راسه
فالشرع جعل له طريقا الى ان يشفي غيظه ويوطه
كما له فان القذف والمعيره في وجه النفوس ما يزيد
على وجع الابر وجرح السيوف قال الشاعر
جراحات السيوف لها التيام ولا يلتام ما جرح

وإذا كان ما جرح قلبه الم من جرح سيفه جعل
الشرع له طريقا الى ان يشفي ويزيل حرارات نفسه
وحسائك صدره فكان الغالب عليه حقه كما في
القصاص بخلاف حد الزنا فانه لم يجب لمعنى يعود
الى الادمي ولا له فيه منفعه خاص يختص به دون
سائر الناس فتمحض حقا لله تعالى وكذلك الحد
في السرقه فانه يعاد المال الى مالكه بجملته ورمته
ثم تقطع فالمغلب فيه الزجر العام العايد الى جميع
الخلق ولهذا لم يسقط باسقاطه مسله العدتان
من رجلين لا يتداخلان عندنا خلافا لهم وصورة
المسله ما اذا طلقها زوجها فوطيها بالشبهه واط
في العده او وطيت في النكاح بشبهه فطلقها الزوج
في العده وضابط المذهب من جانبنا ان العدتين
اذا كانتا بالاقرا او بالاشهر فالسابقه اذا هي السابقه
وجوبا ايهما كانت وان كانت احداهما بالحمل فهي السابقه

اذا انوا كانت سابقه او لاحقه ثم يعود الى الاقرا
ومذهب الخصم فيما اذا كانت سابقه او لاحقه
ثم يعود الى الاقرا ومذهب الخصم فيما اذا كانت بالاقرا
او بالاشهر ان يلتفي لعله الثانيه عنهما جميعا ويدخل
القدر المشترك تحتها واذا كانت احداهما بالحمل
انها كانت انقضت العدتان بوضعها والمذهب
الصحيح عندنا تداخل العدتين فيما اذا كانتا من جنس
واحد وللمسله ما خذان احدهما ان العده
عباره عن فعل الكف كالصوم ولا يعقل فعلان متماثلان
في زمان واحد من شخص واحد كصومين او صلاتين
وكما لا يعقل في المعقول اجتماع سوادين وبياضين
في محل واحد وعندهم هي من قبيل النزول ويتصور
ترك افعال عده في زمان واحد ودليل كونها
فعلا الكتاب والسنه والاجماع اما الكتاب
فقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن

معناه يكففن انفسهن لان الفعل اللازم يتعدى بحرف
الجر وهو خبر معناه الامر كقوله تعالى فتحرير رقبه
وكذلك قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل
ان تمسوهن فما لكم عليهن من عده تعتدونها
وكلمه على للايجاب والايجاب انما يتعلق بالفعل
واما السنه فما روي عنه عليه السلم انه قال
لسوده حين طلقها اعتدي وكل ذلك اشاره
الى طلب فعل منها غير ان ذلك الفعل هو الكف
والامساك عن امور وجبت تعبدا لله تعالى كالصوم
بعينه لا يفارقه الا فيما عنه الكف فانه جماع ونكاح
وتطيب وخروج وزينه وفي الصوم اكل وجماع فقط
ويخالفه في الحله فان ذلك ينقضي اذا انبدل بياض
النهار بسواد الليل وهذه تنقضي اذا تعاقب
ثلاثه من الاقرا وحرمتها لا تتا ويخالفه في ان ذلك
يفتقر الى النيه وهذه العده حق الادمي عليه

لم يفتقر الى نيه وهذا لعله حق الادمي عليه
وكل ذلك اختلاف يرجع الى مده الكف وشرطها
وما عنه الكف ولا يرجع الى نفس الكف
والامساك واما الاجماع فان الامه اجمعت على
وجوب العده فانها بفعل التربص مده من الزمان
ومساق ما ذكرتموه يقتضي ان العده غير واجبه
فان قالوا وهو ما حدهم لا نسلم ان فعل الكف
مقصود بالايجاب من العده بل المقصود منها ترك
محظورات وهي النكاح والجماع والطيب
والزينه والبروز الى مضي الاجل ودليله امران
احدهما ان الفعل لو كان مقصودا لما انقضت
العده مع عدم علمها بالطلاق ولا خلاف انها لو تشعر
بالطلاق والوفاه حتى انقضت المده وهي خارجه
متطيبه متزينه انقضت العده الثاني ان الفعل
لو كان الفعل مقصودا لما وجبت على الصبيه والذميه

فان العبادات لا يجب عليها واذا ثبت ان المقصود
هو الترك فذلك اشيا متعدده في وقت واحد
غير ممتنع فان الانسان لا يمكنه الجمع بين الصلوه والزنا
فعلا ويمكنه الجمع بينهما في الترك فيكون النكاح
حراما عليها لعلتين اعني العدتين كما يحرم على المراه
الجماع بالصوم والاحرام والحيض فيسدي الانتها
عن الكل في حاله واحده بخلاف الصوم فان
المقصود به الابتلا بمخالفه النفس وكسرها
عن شهواتها وذلك فعل والابتلا الحاصل في زمان
لا يمكن ان يكون حاصلا في زمانين بخلاف ترك المحظورات
في زمان واحد على ما سبق **والجواب**
عن الاول ان جميع ما ذكرتموه يبطل بالصوم فانه
يمكن ان يقال المقصود منه ان لا ياكل ولا يشرب
ولا يجامع واستدل عليه بانه لو نوى ليلا وغمي

اليوم حتى انقضى انها يصح صومه وان كان الفعل مقصودا
لما صح ولكن قلنا ان المقصود منه الفعل لانه
يتعبد به بصيغة الامر لا بصيغة النهي فهم منه ان
الكف والامساك مامور به وقد قال هاهنا
والمطلقات يتربصن بانفسهن والتربص فعل الكف
ولا يوصف به الا من يقصد منه الفعل في الصوم
قولهم ان العده تنقضي مع كونها خارجه منتطيه
عن عالمه بالطلاق والوفاه قلنا الاصل في العده
الكف عن الجماع فان كانت مجامعه لم تنقض اما الخروج
والتطيب والتزين فتحريمه عندنا تابع في الكف
كما انه تابع عندهم في الترك وكما ان ترك الغيبه
تابع في الصوم وكذلك الصيد واللبس في الحج قولهم
لو كان الفعل مقصودا لما وجب على الصبيه والذميه
كسائر العبادات قلنا العده ليست عباده بل

بل تجب للادمي ولله تعالى فيها حق ومثل هذا
الوجوب لا ينافيه الصبي ودليله الذي عندكم
فانه ثابت من العده والصبي ياتي التكليف بها
وادا وقد ثبت في حق الصبيه التي هي بنت مهدها
اذا مات عنها زوجها حتى حرم تزويجها قبل انقضا
عدتها الماخذ الثاني ان المغلب عندنا في العده
معنى التعبد وكذلك تجب مع حمل الثاني ان
المغلب عندنا في العده معنى التعبد وكذلك
تجب مع تيقن براءه الرحم كما لو علق طلاقها على الولاده ٥
والمغلب فيها عندهم معنى الاستبرا واحتجوا في ذلك
بان العده لا يراد بعينها وذاتها وانما يراد للدلاله
على براءه الرحم واقصر ما وضعه الشرع دلاله على براءه
الرحم ثلاثه اقرا وقد حصلت وانقضى حيض الاول
والثاني ولا فايده في تعداد الاقرا ونحن نقول لا نسلم ان
براءه الرحم مقصود لكنه غير مجرد بل معه تعبد

لا يعقل معناه بدليل ما لو علق طلاقها على براءة الرحم
فان العدة تجب بعده فدار نظر على الجمع بين التعبيد
والبراءة والتربص الكف والانتهاء الى مدة ونظركم
ينتهي الى ابطال الاصل وتجريد الترك المحض وهو تحكم في
محل التعبد فكان الاحتواء على الاصل وسلوك مسلك
الاحتياط اولى **مسألة** الاعسار بنفقة
الزوجة يثبت لها خيار الفسخ على القول الصحيح
عندنا فيرفع الامر الى الحاكم حتى يفسخ وقال
ابو حنيفة رحمه الله لا يثبت لها سوى القدرة على
مفارقة المنزل والخروج للاكتساب فيوم الزوج
برفع يده عنها حتى تمضي وتكتسب وليس لها ان
تفسخ النكاح اصلا بل يقال لها استدني عليه
وماخذ النظر ان النفقة عندنا اصل مقصود
بالنكاح من جانب الزوجة كما ان الوطي اصل
مقصود بالنكاح من الجانبين والتوفية هو

ان النكاح شرع لامتناع الزوج والزوجة والا صل
في النساء عرفا وشرعا افتقارهن الى قوام يمونهن
وكذلك اقام حالها مقام عن الحاجة واثبت
لها النفقة وان كانت موسرة وقد سارها
كالعدم وان كانت معسرة ففي تقييدها بالنكا ح
دون النفقة اهلاك هو فوق فوات الوطي قطعا
واحالتها على مس المال غايته الاجحاف فان مس
المال لا ينفع في كل حين لا الغالب عدمه وعدم
فهب منفق نعم لثبت النفقة كل المقصود ولا
يشترط ذلك للفسخ بدليل الوطي فانه ليس كل
المقصود ولا المقصود الاصلي بدليل بقاء العقد
للرتقاء على المجبوب وانعقاد ابتداء ولا يتصور تمام
العقد بالتوابع وزعمت الحنفية ان النفقة
ليست اصلا مقصودا في النكاح بل هي تابعة
من حيث ان العقد لم يعقد لطلب المال وانما

عقد لمقاصده وثمراته المختصة به من السكن
والازدواج والعشرة وطلب الولد والمال
تابع لهذه المقاصد ورفع العقد انما يشرع لخلل
ما وضع له العقد لا لما هو تابع فيه وانما يقبل
الفسخ فيما اذا فات مقصوده اصلا وهو الحل
بان يطرى ردة او رضاع او يفوت التحصن به
كما اذا خالفت زوجها مجبوبا او عنينا وقد ردوا
هذا بان النفقة حق وجب لها انما وجبت
لكون الزوج حبسها والزمها الاحتجاب عن البروز
لينعكف على اشغاله وقضاء حقوقه خالية البال
فكان حقها عليه القيام بقوتها والاهتمام بكفايتها
لكون ذلك بازاء ما فوتها من مكاسبها
وما صدها عنه من الاعتياش في اسباب المعاش
فاذا اعسر بنفقتها زال حبسها فاما ان يقتضي
ذلك رفع النكاح اصلا وحل هذا عليه

عليه ثلاثهم **والجواب** عنه ما استلفناه
في تقرير ماخذنا والذي نزيده هنا ان نقول وقع
الاتفاق على ثبوت خيار التفريق بجب الرجل وعنته
فغلب على الظن ان شرع الخيار هناك كان دفعا
للضرر عنها لفوات ما ظهر كونه مقصودا مستحقا
بالعقد وتعذر القوت المستحق اعظم ضررا لما فيه
من خطر هلاك المهجة وتعذر الصبر عنه بخلاف
الجماع فان الصبر عنه ممكن بل معتاد في حق الرجال
والنساء واذا ثبت التفريق لدفع ادنى الضررين
فلان يثبت لدفع اعلاهما اولى **مسئلة**
نفقة الزوجة مقدرة عندنا على الموسر قدره وعلى
المعسر قدره فعلى الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى
المتوسط مد ونصف ومستند هذا التقدير
ان الله تعالى ذكر النفقة وانها تختلف
باعتبار اليسار ولم يوجد ذلك فلا بد له

من اصل يقاس عليه اشبه الاشيا به الكفارات
لانها طعام يشبه به اكله والجوعه ثم وجدنا
اعلى الكفارات مدين وهي فديه الاذى وادناها
مد وهي سائر الكفارات فجعلنا النفقه كذلك
واما نفقه المتوسط التي لم يدل عليها اصل الكتاب
فاثبتناها بالاجتهاد وقلنا المتوسط حاله
اعلى من حاله المعسر وادنى من حاله الموسر
فجعلنا نفقته مدا ونصفا وقال ابو حنيفه
رحمه الله نفقه الزوجه غير مقدره وانما
الواجب كفايتها فان كانت رغيبه فما
يكفيها وان كانت زهيده متقنعه فما يكفيها
فيجتهد القاضي رايه ولا خلاف ان نفقه القريب
غير مقدره بل يجب كفايته ومأخذ النظر
يتردد في المسئله من اصلين غير مقدره بل يجب كفايته
وهما نفقه القريب والاطعام في الكفارات

فالشافعي يقول لا تقدير في النفقه ولا بد من التقدير
فهو ضرورة الاثبات في الذمه ودواعي الغذا تتفاوت
المزاج والمطلع عليها رب الارباب فما راه الرب تعالى
كفايه في حق كل شخص فهو اعرف به من القاضي
لا محاله ومظان الحالات يتخرج عنها بالضوابط اذا وجدت
ولا بد للقاضي من مسلك في التقدير وتقديره اولى
من تقدير القاضي فليترك القاضي خطر التخمين والتحري
في معرفه كفايه العباد فان الله قد كفاه فليتخذ
الاقصى والادنى والوسط اسوته ليستفيد به الخلاص
عن الخطر في تقدير ما لا يعرف ويستفيد به الفرق بين
الموسر والمعسر كما قال الله تعالى وابو حنيفه
يقول اذا لم يكن نفقه الازدواج مقدره شرعا بل لا بد
من نوع اجتهاد ودعا الى الاولى فاولى الاصول بها
نفقه القريب وقد قال تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف فجعل ضابطها قدر الكفايه بموجب

العرف والعاده اما الكفارات فجنس اخر من الاحكام
شرعت ماحية للسيئات والجرائم الموجبات فهي تتقدر
بقدر الجريمة فكيف يعرف منها مقدار النفقه والجواب
قلنا هاهنا مذهبان لا ثالث لهما فاذا ابطلنا احدهما
تعين الاخر فابو حنيفة يقول تجب الكفايه والشافعي
يقول هي مقدره فيقول لو كان الواجب كفاية الزوجه
لكان ينبغي اذا شبعت من موضع اخر وكانت ذا غنى
ونحوه انه لا تجب نفقتها على الزوج كما في حق القريب
اذا شبع او استغنى فلما وجبت نفقتها بكل حال دل انه ليس
المعتبر في نفقتها حسب كفايتها قولهم ان الكفارات
جنس اخر قلنا نحن الحقنا بمسلكنا الكفاره
وشبهنا بها من وجه واحد وهو انهما يستويان
في الحاجه الاصليه العامه لا في حاجه خاصه والقياس
على ضربين قياس اصلي كلي وقياس ضروري اما القياس
اما القياس الكلي فيعتبر فيه التساوي في السبب

والمعنى اما القياس الضروري فيعتبر التساوي في
المعنى لا في السبب وهذا القياس الذي ذكرناه قياس
ضروري وذلك انما لما اعتبرنا ما يقابله رايناه باطلا
متنقضا وهو اعتبار الكفايه وحيث لم يعتمد
على نقيض فيا انا صح ما صرنا اليه من اعتبار التقدير
اصلا وقلنا لا بد له من اصل نعتبره به لم نجد اصلا
قريبا سوى الاطعام في الكفارات فالحقناه فصار قياس
حاجه اذ لم نجد سوى هذا الاصل فجمعنا بينهما من الوجه
الذي اجتمعا فيه وان افترقا في اشيا اخر وربما
تمسكوا بحديث هند وانها جاءت الى النبي صلى
الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اذا اراد مبايعة النسا
المومنات كان يترك من يديه طاسه فيها ما يغمس يده
فيها ويغمس ايديهن فيه حتى لا يصافحهن وكان يقول
على ان لا يشركن بالله شيا فقالت اما الشرك
فقد تركناه قال ولا يسرقن قالت ولا يسرقن

اما ابو سفيان رجل شحيح فكيف اخذ منه زيادة
فوق ما يعطيني ليكفيني فقال صلى الله عليه وسلم خذي
ما يكفيك وولدك بالمعروف وقالوا وهذا نص وتمام
القصة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ولا تزنين قالت
وهل تزني الحرة قال ولا تقتلن اولادهن قالت نحن
ربيناهم صغارا وقتلتموهم كبارا يوم بدر فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم هند فقالت نعم الاسلام يجب
ما قبله فقال ما قلنا ام الحق فلم **والجواب**
نقول المراد بالكفاية ما يجب على الموسر وهو مدان
فهذا هو غالب ما يقع به الكفاية في اليوم وهو المعروف
فانصرف الكلام اليه او كان قد علم ان ابا سفيان
لكونه غنيا تطيب نفسه بذلك ولا يضيق منه
صدره فاذن لها كذلك **مسئلة** المشرقي اذا
تزوج مغربية واتت بولد لزمان لا يتصور اجتماعهما
فيه لا يلحقه الولد عندنا خلافا لهم ومآخذ النظر

ان صور الاسباب الشرعية الخالية عن المعاني المرعية
في ضمنها قطعا لا عبرة بها عندنا من حيث ان صور الاسباب
لا يناسب الاحكام وانما المناسب ما يتضمنه وحيث
اعتبرنا صور الاسباب دون مضمونها فذلك لتعذر
الوقوف والاطلاع على مضمونها فمتى امكن الاطلاع
على مضمون السبب فهو المعتبر لا صورته والسبب
وها هنا امكن الاطلاع على مضمون البيت قد علمنا
قطعا ان من هو بالمشرق لا يحل من هي بالمغرب فالغينا
صورة البيت وعلقنا الحكم على مضمونه وذهبت الحنفية
الى انه يلحق به لوجود صورة البيت وهو الفراش
وزعموا ان صور الاسباب الشرعية هي المرعية
المعتبرة في ربط الاحكام بها دون معانيها واحتجوا
في ذلك بان المعاني لو كانت مرعية في ربط الاحكام
بها لبطلت فائدة نصب الاسباب اذ لا فائدة
في نصب الاسباب سوى ادارة الحكم عليها دفعا

للعسر والحرج عن الناس ونفيا للتخبط والالتباس
فان المعاني مما يختلف كنهه من الزيادة والنقصان وكيفيه
في الظهور والخفا والدقه والجلا بحسب اختلاف الاشخاص
والاحوال فالواو بعد ان علقت رخص السفر دون مضمونه
حتى ان الملك الذي تهادى في مهوده وسرى في سرايا
وجنوده يثبت له من الرخص ما يثبت للساعي على قدمه
نظرا منا الى صوره السفر دون مضمونه فبغاه وكذلك
النوم لما كان سببا لانتقاض الوضوء اعتبرت صورته
في حق من نظر الى نفس الحدث **والجواب** ما اسلفناه
فانا لا ننكر اتباع صور الاسباب عند تعذر الوقوف
على المعاني وعليه يخرج ما استشهدوا به من السفر فانا
انما اطلنا الرخصه على صوره السفر لان مقدار المشقه
لا اطلاع لنا عليه وكذلك في فصل النوم لما تعذر الوقوف
على مضمونه من حيث ان الخارج لطيف يمكن خروجه
من غير ان نعلم اذ ربا الحكم على صوره السبب دون مضمونه

اما صوره الفراش فانما كان سببا في هذه الحاله حيث
تعذر علينا الوقوف على مضمونه فانا اذا راينا انسانا يدخل
على زوجته ويروح ويغدو والها تعذر علينا الوقوف
حقيقه الوطي فاذا اتت بولد احلنا الحكم على صورة
الفراش لتعذر الاطلاع على المضمون لها فيها وفيما
نحن فيه فقد علمنا قطعا ان الولد ليس منه فلم نعتبر
صوره السبب والله اعلم **كتاب الجراح**

مسله لا يقتل المسلم بالكافر عندنا خلافا وقال
ابو حنيفه رحمه يقتل بالذمي ولا يقتل بالمستامن وهو
المعاهد وضابط المذهب عندنا ان كل شخصين
تكافات دماوهما وتساوت حرمتهما جرى القصاص
بينهما واذا لم تتكافا الدماان لم يجر القصاص بينهما وضابط
تكافوا الدما وتساوي الحرمه ان يحد كل واحد منهما بقذف
صاحبه موجوب الحد بالقذف دلاله على تساوي الحرمه
وتساوي الحرمه ان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه

فوجوب الحد بالقذف دلالة على تساوي الحرمة وتساوي
الحرمة دليل على تكامل الدما وضابط مذهب الخصم
ان القصاص يجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا
قتل عمدا وما حد النظر تفاوت المسلم والذمي
في العصمة عندنا وتساويهما فيها عنده ومعنى العصمة
حرمة التعرض والمعنى بتفاوتهما في العصمة ان عصمة
الذمي اعني حفظ نفسه وماله تابعة لعصمة المسلم
بدليل ان سبب العصمة في المسلم الاسلام وهو معنى تام
بذاته وسبب عصمة الذمي امان صدر من المسلم
في حقه اذ الامام فيه لسان كلهم وترجمان
حملهم والا فالذي يقتضيه القياس الكلي ومصلحة
الدين ان لا نقرهم في ديارنا ولا نمكنهم من التصرف
في امصارنا بل يجب ان نستاصل شافتهم ونسفك
دماهم ونخرب ديارهم الا ان الله عز وجل لما علم
ان لا نقدر على افنائهم وانا اذا اخرجناهم من بين

اظهرنا لا نامن غوائلهم وربما تجمعوا وتطابقوا عليه
فاقتضت المصلحة ابقاءهم في ديارنا بعوض ننتفع ويكون
ذلك سببا الى تقليل جمعهم وتشتيت شملهم فرعت
الذمة لاجل الاسلام تبعا له لمصلحة عائدة اليه حتى
يتفق الظفر بهم وهو نزول عيسى عليه السلام واذا ثبت
التفاوت في العصمة فلا يساوي التابع ما هو الاصل
فيمتنع اجرا القصاص بينهما لان القصاص ماخوذ من
المساواة واذا اتفقنا لم يتساويا فلا يجري القصاص بينهما
فزعمت الحنفية ان عصمة الذمي كعصمة المسلم سوا لا تبعا وتا
واحتجوا في ذلك بان العاصم في حقهما جميعا
للقطع الانسانية فان الانسان خلق ليعبد الله
عز وجل ولا يمكن العبادة الا بالبقا ولا يتم البقا الا
بالعصمة وكذلك من لم تبلغه الدعوة كان معصوما
مضمونا مع انه ليس بمسلم ولا في دار الاسلام غير ان
الكفر مع اهلية القتال والاقامة في دار الحرب

والاسطام فى ضمان اهل الشوكه لما كان منشا الصدر د
بالمسلمين باجزا ناسب دفعه باباحه قتلهم والكلام مفروض
به فى مقابله اهل الحرب فعللناه به وقد فقد الزوال
المبيح فى حق الذمي وهو الاقامه فى دار الحرب فانه
هاجر الى دار الاسلام وتعاضى عن شوكه الكفار واستظهر
بشوكه الاسلام فقد المسقط للعصمه فى حقه
والعاصم الاصلى قايم فعادت العصمه الاصليه
كما كانت والجواب ان نقول نسلم ان الفطره
الانسانيه هى الاصل فى العصمه غير انا تساعدنا على انساخ
هذا الاصل اما بالكفر او بالاقامه فى دار الحرب
والكلام الان فى العارض المعارض للفطره الاصليه
الاهدار فنحن نقول المعارض هو الكفر لان
الفطره الانسانيه انما كانت عاصمه لاجل العباده
والكفر اعراض عن العباده التى شرعت العصمه
لاجلها فناسب الاهدار والاسلام اشتغال

بما خلق لاجله فناسب اعاده العصمه الاصليه
لاجله فهى معنى تسميته تماما وتتميما اما الاقامه فى دار
الحرب فلا يصلح ان يكون مهدرا بدليل المسلم او
توطنها الاقامه والمسلم الذي لم يهاجر بعد الينا
فانه معصوم عندكم يحرم قتله واخذ ماله هذا تمام م
تحصيل الماخذ المعنوي من الجهتين ومعتمد الشافعي
في المسله النص وهو ما رواه البخاري باسناده في صحيحه
عن ابي جحيفه قال سالت عليا عليه السلام هل عندكم
من رسول الله شي بعد القران فقال لا والذي فلق الحبه
وبرا النسمه الا فهم يوتيه الله عز وجل في القران
او ما في هذه الصحيفه قال العقل وفكاك الاسير وان
لا يقتل مسلم بكافر وهو نكره في سياق النفي وهو
من ابلغ صيغ العموم واعلاها في الاقتضا والشمول
فكان تقدير الكلام التام الجاري على سنن الاسطام
لا يقتل مسلم بكافر فالمسله قطعيه من حيث النص

مسألة الحر إذا قتل عبدا لا يقتل به عندنا
سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره لكن يلزمه القيمة
والكفارة وقال أبو حنيفة يقتل بعبد
غيره ولا يقتل بعبد نفسه ولا خلاف أن القصاص
لا يجري بينهما في الأطراف ولا خلاف أن الحر لا يقتل
بالمكاتب ومأخذ النظر بالمسألة على مسألة قتل المسلم
بالذمي ووجه التعليل ذلك بالتفاوت في العصمة
على ما ذكرناه وبيان التفاوت هاهنا من وجهين
أحدهما أن عصمة الحر مع بدليل أن العبد مال
أو فيه معنى المال والدم وعصمة المال تابع لعصمة
النفس وناهيك في الفرق بين العصمتين لون أحدهما
أصلا والأخرى تابعة الثاني أن عصمة الحر لعينه وعصمة
العبد لغيره وهو السيد والدليل على أن عصمة الحر
لعينه هو أن عصمته تهدر بإهدار السيد حتى لو أباح
دم عبده وقال لغيره اقتل عبدي فقتله لا ضمان

لا ضمان عليه ولو أن العبد أباح دم نفسه لم يعمل إباحته
ووجب الضمان على قاتله فلما أعملت إباحة السيد
في الإهدار ولم تعمل إباحة العبد دل أن دمه معصوم
لسيده لا له وكذا لو قتله بنفسه وأي حال في العصمة
أعظم من قدرة الغير على إهداره لا بسبب من جهة المعصوم
فهذا التفاوت يكاد يزيد على تفاوت المسلم والذمي
ويشهد لاتحاد المأخذين ما روي أن عمر رضي الله عنه
هم بقتل مسلم بذمي فقال له زيد بن ثابت أتقتل أخاك ك
بعبد فامتنع فاستدل فاستدلوا على منع قتل المسلم
بالذمي بمنع قتل الحر بالعبد فدل أن ذلك كان معلوما
عندهم فإن مثل هذا الاستدلال لا يطلق إلا في مفروغ ع
عنه معلوم وزعمت الحنفية استواءهما في العصمة
بأن قالوا العصمة إما بالدار أو بالإسلام وهما
متساويان فيه فإن العبد من أهل الدار والإسلام
وربما كانت شبهة ابتداء فتمسكوا بعبارة زعموا

انها قياس ابي حنيفه فقالوا شخص يقتل بالحر فيقتل به الحر
كالحر وقرروا ذلك بدعوى تكامل العصمه وجوابه
ما اسلفناه من بيان التفاوت فان قالوا التفاوت
لا يصلح ان يكون مانعا فانا نقتل الذكر بالانثى مع انهما
متفاوتان قلنا هناك استويا في العصمه وانما تفاوت
المعصوم لا العاصم فاستويا في القصاص بخلاف الحر والعبد

مسئلة الحر اذا قتل عبدا خطا وجب على
عاقلته قيمته بالغا ما بلغ عندنا وقال ابو حنيفه
رحمه الله ان زادت قيمته على ديه الحر رد الى ديه الحر
وينقص عشره دراهم وقيمه الامه ترد الى ديه الحره
وينقص خمسه دراهم وللمسئله ماخذان احدهما ان العبد
فيه نفسيه معتبره وماليه معتبره والواجب بالقتل
بدل المحل ولا بد من تقريبه بمعيار فنحن نقول تقديره
بالماليه اولى فانها المقدم في الحال وعندهم تقديره
بالديه اولى نظرا الى الجهه الخلقيه واعراضنا

عن الماليه الحادثه بعارض الكفر والدليل على صحه
ما ذهبنا اليه ان العبد انسان ومال وهو مضمون
لهما فيقتضي النظر الاول تضمين النفسيه والماليه
جميعا لكن ثبت بالاجماع الاقتصار على احدهما فنعلم
ان احدهما صار تابعا في التضمين والنفس اولى ان تجعل
تابعه في التضمين بدليل احكام ستة احدها ان العبد
اذا قتل قبل القبض في البيع لا ينفسخ البيع ولو مات
انفسخ ولو وجبت القيمه بدلا عن النفس والنفس ليست
بمال لكان ينبغي ان ينفسخ كما اذا مات لان الماليه
التي هي مورد البيع فاتت هدرا وانما هذا بدل نفس لا ماليه
فيها الثاني ان العبد المرهون اذا قتل جعل بدله
رهنا وحق المرتهن لا يتعلق الا بالماليه الثالث
ان السيد لو قتل العبد المرهون غرم للمرتهن والضرب
تصرف في النفس والنفس لا ماليه فيها الرابع ان حول
التجاره لا ينقطع بقتل العبد بل يستمر على بدله ولا ينعقد

حول النجاه الا على مال الحسن ان السيد اذا اهدر
دم عبده واباح قتله سقط الضمان والعبد لو اهدر دم
نفسه لم يسقط الضمان والنفس عندكم لا للسيد
السادس تحكيم السوق في العبد حتى يختلف البدل
بصغره وكبره وقبحه وعيبه وسلامته كالفرس
بعينه وهذا دليل رجحان جهه الماليه قطعا فان قالوا
وهو ماخذهم بل ترجح جهه النفسيه اولى قياسا
وحكما اما القياس هو ان النفس اصل في وجوده تبقى دون
الماليه والماليه تابعه تقوم بالنفس وتفوت بفواتها
والتابع اولى ان يوخر اما الحكم فاحكام سبعه القصاص
والكفاره وضرب البدل على العاقله وجريان
القسامه ورد اقرار السيد عليه نفسه بما يوجب
دمه وان جراح العبد في قيمته مايتان من الابل
فعفو ومات فيجب مايه من الابل ويصرف
الى السيد وقد كان حق السيد مايتان فلم رد

الى مايه **والجواب** نقول قولكم ان النفس اصل
نظر الى ما يقتضيه اصل الفطره ولو كان ذلك منظورا
اليه لبطل اصل الماليه والرق فانه على مضاده قضيه
الانسانيه لكن ما ضرب الرق عليه الا بجعل المتبوع
تابعا وجعل النفس المستقله كالمعدومه في حق نفسها
الموجوده في حق مالكها في كل ما يستدعيه الماليه
واما الاحكام فالقصاص لا يجب على الحر بقتل العبد
وانما يجب بقتل العبد لانه فوق مال لا له حرمه ولا
سبيل الى عصمته الا بالقصاص فان العبيد لا مال
لهم تحمل الغرامه زاجره عاصمه عن اتلاف هذا المال
فلو لم يقتل لسل كل عبد سيفه وقتل من العبيد
ما ساعده انه لا يقتل واستهانه بانه يباع فانه
قد يشتهي انه يباع عليه فيكون فيه حصول غرضه
لا زجره واما الكفاره تجب من حيث ان العبد مال
ولكنه مال مومن تعلق بحرمه الايمان

فهو كالصيد مملوك في الحرم لا يدل وجوب الجزاء فيه
على سقوط مالكيته وليس فيه ما ينقض مذهبنا حق السيد
ومالكيته وحرمة العبد مرعية في كل ما نقص
من حق السيد فيه والاموال مختلفة الحرمات فحرمة
الحيوان فوق حرمة الجمادات وحرمة الطعامات
فوق حرمة غيره وكيف يدعي ان الكفارة من خاصية
الدم ويجب بافساد الصوم والحج والظهار واليمين
وقتل الصيد فليس فيه ما يدل على رجحان البقية بحال
واما القسامة وتحمل العقل فيمتنع على احد القولين
وان سلم فليس فيهما ما ينقص مالية السيد وقد بينا
ان حق العبد مراعي فيما لا يضاد غرض السيد
والعبد مع انه مال بقي حكم انسانيته في وجوب
الصوم والصلوة وما لا يناقض غرض السيد ولم
يثبت وجوب الحج والجهاد فانه مناقض غرضه
بل يدعي ان حكم النفسية معدومة بالاضافة اليه

لكن لا على الاطلاق بدليل المسائل التي ذكرناها
واما اقرار السيد فلا يقبل لانه متهم منه في سفك
دم العبد والعبد في دم نفسه كالفرس الجماد
فليس له ان يقبل جنايته ويراعى لحق روحه اما اقرار
العبد على نفسه فقد منعه المزني فلا نسلم واما
قطع اطراف العبد فالواجب فيه ارش النقصان
وهو احد قولي الشافعي وكذا اذا فقأ عين العبد
يقول يجب تمام القيمة ويصرف الى السيد فيمتنع
هاتين المسألتين لما خالف الثاني ثانيا نسلم لهم ان المضمون
هو الدم لكن بدل الدم مملوك للسيد بدليل المعنى
والحكم اما المعنى هو ان يقول ليس المعنى بالدم هذه
الحقيقة وهو الجسم الاحمر انما المعنى بالدم فيه هو
الجوهر المشرف المعظم والروح المبجلة وهذا
هو المملوك للسيد لان الروح اذا فارقت الجسد
بقيت الجثة لا مالية فيها وهذا لا يجوز ان يكون

ان يكون مملوكًا للسيد ولا مضافا اليه فدل ان جروحه
وجثته هي المملوكة للسيد وعلى ما قالوه لا يكون السيد
مالكًا لشي على الحقيقة لان الجروح التي هي الدية قالوا
ليست مملوكة للسيد دل ان الجروح والجثة مملوكة للسيد
وان ما ذكروه لا تعويل عليه واما الحكم فما ذكرناه من كون
السيد لو اباح دم عبده وقال لغيره اقتل عبدي فقتله
لا ضمان عليه ولو ان العبد اباح دم نفسه لم يعمل
اباحته ووجب الضمان على قاتله فلما عملت اباحة
السيد في الاهدار ولم تعمل اباحة العبد دل ان دمه
مملوك للسيد **مسئلة** الايدي تقطع باليد
الواحدة قصاصا عندنا وكذا سائر الاطراف عند
وجود الشرطين احدهما أن يكون المقطوع مكافيا
للقاطعين بحيث لو انفرد كل واحد منهم ~~متميز~~
بذلك القطع قطع والثاني ان لا يكون فعل كل واحد منهم
غير متميز عن فعل الاخر وصورته ان تمالا جماعة

فيضعوا الحديدة على يد ويتحاملوا دفعة واحدة فيجتمع
اعتمادهم على ابانة طرفه فاما اذا انفرقت جنايا تهم
بان قطع كل واحد من جانب حتى التقت الحديدتان
في وسط اليد فابان طرفه فالذي نص عليه الشافعي ان لا
قصاص على احدهما في هذه الصورة بحال وخرج صاحب
التقريب قولا ان القصاص يجب على كل واحد منهما في
قدر ما اجرى عليه الحديدة وقال ابو حنيفة رحمه الله
لا تقطع الايدي باليد بل يسقط القصاص بالشركة اصلا
ويتعين الرجوع الى الدية ومأخذ النظر ان قطعات
الاجزاء من اليد عندنا مشتركة بين الكل على معنى ينسب
القطع الى كل واحد منهم فاعله وعندهم كل واحد من
الفاعلين فاعل مقدور نفسه فيختص كل منهم بالقطع
الذي هو مقدور نفسه دون مقدور صاحبه فكان
قطع كل جزء قطعا على سبيل الانفراد وهذا المأخذ
يستمد من مسئلة الابنية وهي ان مقدورا واحدا

من قادرين على قدر بين مقدور عندنا وعند الحنفية
والقدرية غير مقدور ثم هذه المسئلة تبتنى على اصل
عظيم الشأن في اصول الديانات وهو ان القدرة الحادثة
لا تاثير لها في ايجاد المقدور عندنا بل المقدورات
الحادثة باسرها واقعة بقدرة الله تعالى عند تعلق قدرة
العبد بها واذا لم يكن من ضرورة نسبة الفعل الى العبد
ان يكون موجدًا او مخترعًا له جاز نسبة القطع بصفة
الكمال الى كل واحد كما في شركاء النفس اذا النفس محله
لا تتجزى ثم انها لما لا تتجزى لا يثبت ولا يتعدد في
المصيب الى انه قاتل على الكمال بينته وتعدد النفس
الواحدة وكل واحدة منهما محال ومع ذلك وجب
القصاص لم يكن ذلك الا بطريق الاضافة العرفية
على معنى ان فعل كل واحد منهم لو انفرد به كان صالحًا
للازهاق وهذا موجود في محل النزاع في الصورة
التي صورناها وهو ان يجمع اعتماداتهم في حالة واحدة

ولا يتميز فعل كل واحد عن فعل الآخر في الابانة فان
كل واحد لو انفرد به على الوجه المذكور من الاعتماد
لكان مُبينًا بخلاف ما اذا تفرقت جناياتهم وقطع
كل واحد من جانبٍ فان فعل كل منهم لو انفرد به لا
يصلح لابانة جميع اليد ولا يجب به القصاص فانه لا
نظير له من النفس ومن اصحابنا من قد ذهب على وجه آخر
وقال الطرف مركب من اجزاء لا تتجزى ومن كل جزء
مؤتلفين اجتماع واحد لا يتجزى فقد حصل ابانة
كل جزء من صاحبه عقيب وضع الحديدة بتحاملهم
حصولا لا يتجزى فيضاف الى كل واحد وكذا في القول
في الجزء الثاني والثالث الى آخر الابانة فالافتراق
من كل جزء لا نصف له لكن هو قال زوج عقيب الحج
وهذا واضح جدًا وزعمت الحنفية والقدرية بان
مقدورات العباد باسرها واقعة بقدرهم حتى قالوا
بخلق الاعمال وانقطاع قدرة الله تعالى عن مقدورات

العباد فبنوا على هذا ان مقدورا واحدا بين قادرين
محال ولا يمكن نسبته الا بانه الحاصل بفعل زيد الى
فعل عمرو والاستحالة اتحاد الموجود ونحن نقول
هذا فاسد لانه بناء على معتقدهم ان القدرة الحادثة
موجدة وقد ابطلناه فان قالوا قصاص النفس مشروع
للزجر فلا يتقيد بالمثل وقصاص الاطراف مشروع
للجبر فيتقيد بالمثل ولذلك اعتبر المماثلة والمساواة
بدليل ان الصحيحة لا تقطع بالشلاء وكاملة الاصابع
بناقصة الاصابع وبنوا من هذا تحريرا وقالوا التفاوت
في الوصف مانع فالتفاوت في الاصل اولى ان يكون
مانعا قالوا واذا ثبت هذا فالطرف الواحد لا يساوي
الاطراف فلا يسوى به بخلاف النفس فان الجماعة
يقتلون بالواحد اجماعا ولولا ذلك لا نسلم ان قصاص
الطرف مشروع للجبر بل يسوى بينهما فنقول
ان كان قصاص النفس للزجر فقصاص الطرف

كذلك لانه صالح لان يكون عقوبة زاجرة عن جنس القطع
فان كان قصاص الطرف مشروعا للجبر وقصاص
النفس كذلك لان جهة الجبر فيه انه فوت
الطرف من المجني عليه فيملك طرف الجاني لينتفع
به الانتفاع المشروع والانتفاع المشروع ان يستهلكه
في جهة غرضه وهو التشفي والانتقام والامتناع
اخذ الصحيحة بالشلاء فلا بد على التفرقة بين الطرف
والنفس لانا انما نسوي بين الطرف والنفس في كل
صفة عمت النفس والطرف كالذكورة والانوثة
لما شملت النفس والطرف فانا نقطع طرف
احدهما بطرف الآخر والنفس حيث سوينا
بينهما اما الشلل فلا يتصور في النفس حتى
لا نسوي به تصور المماثلة للتسوية بل تصور فيها
المرض لا جرم المرض في الطرف وضعفه ايضا
لا يؤثر واما زيادة الاصبع فانما منع القصاص

لان الاصابع لا تنسب الى اليد انتساب الاطراف
الى الجمله بل الاصابع من اليد كالاجزا من الشخص فانه يجب
في كل اصبع عشر ديه اليد واذا سقطت الاصابع
لم يبق ما يجب فيه الديه وانما يجب حكومه بخلاف
الاطراف مع النفس فانها جعلت بمنزله الاوصاف
لها حتى ان فقدها لا يوثر في ديه النفس فلهذا قلنا
ان فقد الاصابع يوثر اذا قوبلت بمثلها لانها كالاشخاص
لا كالصفات **مسله** الواحد اذا قتل جماعه
قتل بواحد وللباقي الديات وقال ابو حنيفه
رحمه الله يقتل بجميعهم قصاصا واكتفاد وماخذ
النظر ان حقيقه القصاص عندنا مقابله المحل
بالمحل اعني محل الجنايه بالمحل الفايت بالجنايه جبرا
وحقيقته عندهم مقابله الفعل بالفعل جزا جزا
فالثابت للقتيل عندنا استحقاق نفس القاتل وهو
الذي يستحقه الورثه ارثا فيتحد الاستحقاق باتحاد

القتيل ويتعدد بتعدده ويدل عليه المعنى والحكم اما
المعنى فهو ان المسببات انما يثبت على وفق الاسباب
والاسباب يثبت على وفق المسببات وقد تعددت
الاسباب هاهنا اذ وجد منه سبب كامل في حق
كل واحد فيجب ايضا ان يكون المسبب على وفقه
واما الحكم فهو ان المسلمين اجمعوا على انه لو عفى بعض
الاوليا المقتولين عن حقه من القصاص لم يسقط حق
الباقين وكان لمن لم يعف ان يستوفي ولو كان
القصاص متحدا لكان عفو البعض يسقط جميع
القصاص كما في حق الواحد اذا قتل واحدا
وله جماعه من الورثه فعفى بعضهم عن حقه
من القصاص فانه يسقط جميع القصاص لان كل
ما يتبعض فسقوط بعضه يتداعى الى سقوط جميعه
فلما لم يسقط هاهنا بعفو البعض دل ان القصا ص
ثابت لكل واحد على الكمال فان قالوا نسلم ان القصاص

متعددا الا ان الشرع جعل الجماعة مثلا للواحد لان
كل واحد منهم مثلا له لم يكن لما اوجب الشرع القصاص
عنهم على جماعتهم دليلا على انهم مثل له بل يكون ذلك
دليلا على الشرع ما اعتبر المماثلة فان قالوا الواجب
قصاص والقصاص مبناه على المساواة والمماثلة ولفظه
مشعر به قلنا ما المراد بقولكم الواجب قصاص
ان اردتم به اوجب بازا قتل فمسلم وان اردتم به اوجب
القصاص الذي هو مقاصة ومساواة فهذه لفظة
اطلقها الفقها واصطلحوا عليها فيما بينهم لا ان الله
تعالى امر بالقصاص بمعناه المساواة ولا رسوله ولا المجمع
بدليل قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة فان معناه
والله اعلم حصول الزجر بقتل الجاني والمجني عليه
في الاحيا فان قالوا وهو ما جاهم القصاص حيث
وجب انما وجب جزا على الفعل لا بدلا عن المقتول
واذا كان جزا على فعله قلنا ففعله قتل وحد

القتل جرح يعقبه زهوق الروح فان حصول الاماتة
الى الله تعالى لا الى العبد والجماعة اذا اجتمعوا وجرحوا
فقد وجد في كل واحد منهم ما يسمى قتلا ويثبت ذلك
بحكمين لا يزيين احدهما وجوب كفارة كاملة في كل واحد
منهم الثاني لو حلف لا اقتلت زيدا فشارك اخر في
قتله حنث في يمينه ثبت بذلك ان النفس الواحدة
قابلة لاعداد في القتل فعند هذا نقول ان كل
واحد وقتله فقد تادى حقه لان حقه فعل القتل
لا غير وان شاركه اخر في الاستيفا كان مستوفيا
ايضا حقه لا تتسع النفس لقتلات على ما تقرر في
حد القتل والمعنى فيه ان المقصود القصاص اما
الزجر العام اما احيا الوارث معنا من حيث ان
القاتل كافة بقتله خوفا منه وفي احيا الوارث
اعادة الحيوة المعنوية للمورث لان الوارث
خليفته وبقاوه بقاوه وقد حصل ذلك كله

بقتل القاتل سواء كان المقتول واحدا او جماعة وحصل
من جميع الورثة ما لا حاجة الى الزيادة عليه قالوا وخرج
على هذا قصاص الطرف فان المستحق هناك الطرف
وانه مقابله للمحل بالمحل على قياس ضمان الاموال والطرف
الواحد لا يجري عن الاطراف وقصاص النفس مقابله
الفعل بالفعل وقد حصل ذلك على تقرر والجواب
هو ان ما ذكرتموه للمقتول احصول ثلاث من نفس واحدة
لحصول قطعات من طرف واحد وقولهم ان القتل
عبارة عن جرح يعقبه زهوق الروح قلنا هذا الحد
منقوض ومعارض اما النقض فبالقاطع مع حاز الرقبه
اذ الاجماع منعقد على وجوب القصاص على الحاز دون
دون القاطع ولو كان عبارة عما ذكرتموه لوجب ان
يكونا قاتلين حتى يعصى منهما فاذا لا بد من زيادة
في هذا الحد وهو ان يقول القتل عبارة عن جرح يكمل
اثره في زهوق الروح وكمال اثر الجرح ان يكون مميتا

وهذا الجرح الذي هو المزهق اذا وجد من زيد محال
ان يوجد من عمرو وخالد واحد لا يتجزى واما المعارضة
فهو ان القتل عبارة عن فعل يتسبب اليه زهوق الروح
في المتعارف وجراحات القاتلين اذا ازدحمت على محل
واحد على الكمال يدل على صحة ما ذكرناه حكمان قاطعان
احدهما انتفا القصاص على شريك الخاطي اجماعا
وعلى شريك الاب عندهم ولو كانا قاتلين على الكمال
فسببه في محل لم وجب ان يوثر من قبل خرعه الثاني
انتفا الرجم على من وجب عليه قصاص ورجم ولو كان
المحل متسعا لقتلات لقتل بهما فان قالوا لا حق الله
وحق الادمي اذا اجتمعا قدم حق الادمي لانه
مبني على المضايقة قلنا انما نقدم حق الادمي في محل
يضيق عنهما وعندكم هذا المحل متسع لقتلات
فكان ينبغي ان يقتل بهما واما الكفارة فنمنع تعددها
وهو يجب على جميعهم كفارة واحدة واما اليمين

فيمنع الحنث فيها ايضا وان نلمنا فلان مبنيه على العرف والعرف
يدخله الحقيقه والمجاز وهو لهم ان مقصود القصاص احيا
الوارث معنى بدفع الهلاك عنه واحيا القتيل معنى وذلك
حاصل بقتل القاتل ولا حاجه الى شرع غيره قلنا عنه
جوابان احدهما منع انعقاد سبب الهلاك في حق الوارث
فان الغالب من حال القاتل الهرب من الوارث وان
لم يجتمع معه في بلد مخافة الظفر به الثاني ان معنى
الاحيا وان كان مقصودا غير ان جبر النفس المفوته
ايضا مقصود مناسب في ايجاب الديات المغلظه
جبرا للاخرين جمع من مصلحه الزجر ومصلحه الجبر
فشرع المصير اليه جمعا بين الخيرين ومراعاة للحكمين
بقدر الامكان مسئله موجب القتل
العمد عند الشافعي رضي الله عنه احد امرين
اما القصاص واما الديه احدهما لا بعينه على القول
الصحيح وكل واحد منهما اصل بنفسه لا انه بدل

عن الاخر وخيره التعيين الى المستحق فايهما اختار
حكمنا بانه هو الذي وجب بالقتل والقول الثاني انه موجبه
القود فحسب والديه بدل عنه ويظهر فايده هذا الخلاف
في مسايل العفو فان قلنا الواجب احدهما فلو عفى
مطلقا وجبت الديه فان قلنا موجبه القود والديه
بدل فلا يجب الديه لان وجوبها بوجوبه فان سقط
الاصل سقط التابع غير ان الولي لو عفى عن القود
على مال وجب الديه ولزم الجاني دفعها من غير
اعتبار رضايه في ذلك وابو حنيفه رحمه الله خالف
القولين جميعا وقال موجب العمد القود لا غير ولا
ولا يصح العفو على الديه الا برضا الجاني ومأخذ النظر
القول المنصور ما ذكرناه من ان وجوب الديه اصل
في ضمان النفس عندنا والقصاص عندهم ليس اصل
بل شرع صيانه الدم عن الاهدار حيث تعذر
شرع القصاص الضابط عندهم ان كل قتل يوجب

القصاص لا يوجب الديه كما ان كل وطي يوجب الحد
لا يوجب المهر والدليل على صحه ما ذهبنا اليه ان نقول
وقع الاتفاق على ان احد الشريكين اذا عفى عن حقه
من القصاص كان للاخر ان ياخذ الديه فعند هذا القول
القتل العمد لا يخلوا اما ان يصلح ان يكون سببا لايجاب
الديه او لم يصلح فان لم يصلح فمهما تعذر له فيستحيل
الرجوع الى ما لم يصلح له السبب بل يتبين لك مثاله
وهو ان منفعه البضع ليست بمال وان الشهود
اذا شهدوا وفوتوا ملك البضع لم يغرموا المهر لان السبب
وهو تفويت البضع غير صالح له وان كان السبب
صالحا فقد صار نسبه الديه الى الدم نسبه القيمه
الى المثل ومهما تعذر استيفا المثل باى سبب
كان فانا لا ننظر الى تفصيله بل نعدل الى القيمه
فليكن كذلك في مسئلتنا وهذا دليل قاطع في اثبات
كون العمد سببا صالحا لايجاب الديه والقصاص

على التلاحق كما يصلح الاتلاف لايجاب المثل والقيمه
في المثليات عن التلاحق احتج الخصم في تقرير ماخذه
بان قال الاصل ان لا يقابل الادمي بالمال لانه
ليس بمال وانما يقابل المال بالمال والديه ليست مثلا
للادمي لا صوره ولا حقيقه ولا معنى اما الصوره
فهي امر معلوم واما الحقيقه فهو ان الادمي خلق ليحمل
امانه الله تعالى والخلافه في ارضه والنهاضه باعبا
تكاليفه والابل لم تخلق لهذا المعنى واما معنى فلان المثل
من حيث المعنى ما امكن ان يحصل به مثل ما فات
فانه اذا اتلف عبدا او ثوبا فاخذت منه القيمه
امكن ان يحصل بها عبدا او ثوبا مثل الذي
اتلف وهاهنا لا يمكن ان يحصل بالديه مثل ما فات
فليشتري لهم اب مثل ابيهم واذا لم يكن الديه مثلا
له لا حقيقه ولا معنى لم يجز ان يقابل بها الادمي
وانما يوخذ الديه في موضع لا يمكن ايجاب القصاص

حدار الاهدار وحيفه الابطال لئلا يوذي الى
الاحلال ويصير الدم مطلولا وقال صلى الله عليه
وسلم لا مفرح في الاسلام فاما اذا كان ايجاب القصاص
وهو اخذ مثله كان ذلك غايه في الاحترام والاكرام
فلا يجوز ذلك للاخلال به مع امكانه والجواب
عن هذا ان نقول هذا نظر منكم الى احد الجانبين وهو
الديه ولو نظرتم الى الجانب الاخر وهو القصاص
لقضيتم منه العجب وذلك ان القصاص ليس على
قياس المثل في المتلفات فان في المتلفات يعتبر المماثله
والمساواه من كل وجه وهذا غير معتبر ولا مرعي
في باب القصاص فانه لا يعتبر فيه المماثله والمساواه
حتى انا نقتل الجماعه بالواحد وابو حنيفه يقتل الواحد
بالجماعه ثم لا يعتبر تساوي الاطراف كما في
المتلفات حتى ياخذ الكبير بالصغير والعبل بالصبل
والانثى بالذكر والذكر بالانثى ولا يمكن ان

١٨٩

فعال القصاص مثل حقيقي كما في المتلفات واما القصاص
عندكم جزاء الفعل فحسب فاذا لم يكن مثلا حقيقه
على حقيقه قياس المتلفات ولم يكن الديه مثلا ايضا
حقيقه وفقا هو فقا سوا فقلنا يتخير بينهما ان شا
مال الى الديه وان شا مال الى القصاص ويشهد
لصحه ما ذكرناه وفساد ما ذكروه ما اذا شج راسه
وراس الشاج اصغر من راس المشجوج فقد قالوا في هذه
الصوره ان المشجوج راسه يتخير ان شا يستوفي القصاص
ولا شي له وان شا رجع الى الديه وان شئت ان تجرد عن
هذا عباره قلت عمد محض جاز ان يتخير فيه بين القصاص
والديه قياسا على هذه الصوره ولنا في المسله حديث
نص رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما عن ابي سلمه
عن ابي هريره عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يعفو واما
ان يقتل وجه الدليل انه جعل الخيره الى الولي

وعلقها على ارادته ولم يذكر رضا الجاني مسئله
القتل بغير الجارح يوجب القصاص عندنا وقال
ابو حنيفه رحمه الله لا يجب القصاص الا بالجارح
وهذه العباره اولى من قول الاصحاب القتل بالمثقل
يوجب القصاص عندهم لا يوجب لان عند ابي حنيفه
لا فرق بين المحدد والمثقل فان المثقل لو جرح تعلق
القصاص به عنده والمحدد لو لم يجرح بل ضربه بالسيف
صفحا لا قصاص فدل ان العبره عنده بالجرح لا
بالمثقل والمحدد وكذلك الشافعي لا فرق عنده
بين المحدد والمثقل اذا حصل القتل به غير ان ابا
حنيفه يدعي ان القتل بالمثقل شبه عمد وهو
الذي يسمى عمد الخطا فيجب فيه ديه مغلظه
دون القصاص ثم ناقض وقال اذا احرقه
بالنار وجب عليه القود فيقتل بالسيف
ومأخذ النظر اختلال صفه العمديه عندهم

وتحققها عندنا اما بيان تحققها عندنا ففي وجهين احدهما
ان كون المثقل كالمحدد في كونه عمدا يقصد به القتل
مما لا مرا فيه عند العقلاء ويشهد له امران قاطعان
احدهما انا نعلم بالضروره ان من اخذ عمودا او دبوسا
وتمطى وضرب به راس انسان انه يعد قتله وكذا اذا
غرقه او خنقه او صلبه واقوى الدلائل ما صدقه
العيان وحققه الامتحان الثاني ورود الشرع برجم
الزناه اذ يستحيل ان يعتقد الشرع الخطا وشبهه
العمد فيقول لنا اخطاوا بالقتل وهذا قاطع مستغني
عن التقرير فان قالوا القصد امر باطن لا يطلع عليه
ولابد ذلك حقيقته فلابد من الرجوع الى شيا ظا
نعول عليه وذلك هو الجرح جعلناه ضابطا
فقلنا متى وجد الجرح تعلق به القصاص قلنا
القصد امرا باطنا الا انه يمكن التوصل الى العلم
به والاستدلال عليه كما يستدل على خجل الخجل ووجل

الوجه الثالث ساقط من هذه النسخه او غلط الناسخ واصله اما بيان تحققها عندنا ففي ان كون المثقل كالمحدد للآخره

هر

وان كان

الوجل ونشاط التمثيل بقراين الاحوال وشواهد الادله
الظاهره حتى يصير العلم به ضروريا ونحن نعلم من ادا البراين ونحن نعلم ممن احال محرا او عمودا
على راس انسان انه قصد قتله فقلنا ضابط العمد به
كل سبب افضى الى القتل في العاده وشهد العقلا
بان الموت حصل به وكلما يرد الى العادات فلا بد فيه
من نوع اختلاف لكن ذلك لا عبره به اذ المرجع الى
الضابط الظاهر في العادات السليمه والعقول الصافيه
فان قالوا الدليل على الجرح هو الضابط امران احدهما ان صه
انه لا يختلف باختلاف احواله فيجب ~~امران احدهما~~
القصاص بصغيره كما يجب بكبيره ويجب بيسيره
كما يجب بكثيره والمثقل بخلافه فانه لا يجب القصاص
فيه بالسوط الصغير والضرب اليسير وعلامة
الضابط ان يطرد ولا يختلف كربط العده بوطي الصغير
والآيسه مثل ربطه بوطي الكبير المعتاده وربط
الرخصه بسفر المترفه الوادع مثل ربطه بسفر

المحدد المتفق عليه الثاني ان هذه الاله غير
معده للقتل والقتال بخلاف المحدد فانه الطريق الموضوع
للقتل عاده قال تعالى وانزلنا الحديد فيه باس شديد
فجعل الباس في الحديد وانما المثقل معد للانتفاع في اشيا
ص اخر وذلك يخل بالعمديه ويورث شبهه في در القصا
والجواب عن الاول ان نقول من سلم لكم
ان كل جارح يجب به القصاص فان الخدش اليسير لا يجب
به القصاص ومن غرز ابره في راس اصبع انسان او شوكه
في عقبه فمات لا قصاص عليه كما لو ضربه بعصا صغيره
انه لا اصل وعن الثاني ان نقول قد بينا ان اعتبار الاله عندكم و
ص انما الاعتبار بالجرح فان القلم لو جرح به وجب القصا
وان كان معد للكتابه لا القتال فان قالوا اذا
جرح به فقد عمل عمل الجارح قلنا واذا قتل به فقد
فه عمل عمل القاتل فلا فرق بينهما ثم هو باطل بما اذا احرقه
بالنار فانه يجب به القصاص عندكم وهي غير معده

للقتال فان قالوا قد تقاتل بها الملوك وغيرهم ويعدون
وعندهم الزرافين بالنار قلنا وكذا المثقل فانه قد تقاتل
به سيما الجان فانهم يعدونها للمجانيقات فان قالوا ~~او هو~~ للمجانيقات
كلامهم انه يبطل نظام البنيه وقوامها انما هو بسلامه ~~وانما كلامنا في~~
الظاهر والباطن فكان القياس يقتضي ان لا يجب
القصاص حتى يهدم البنيه جزءا فجزءا غير ان ذلك
يتعسر فقلنا كلما اثر في الظاهر والباطن يوجب كلما
القصاص فالجرح يوثر في الظاهر والباطن فانه يفسد
البنيه والمثقل يوثر في الباطن حسب والا وظاهره
انه كالميت حتف انفه فصار كانه هالك من وجه
غير هالك من وجه فصار ذلك شبهه في اسقاط
ما يسقط بالشبهه قلنا هذا من باب الوسواس
وليس من باب الشبهه اذ ليست الشبهه عباره
عن كل ما انطوى به اللسان وانما الشبهه ما شابه كلما
الحق من وجه وذلك مثل الخطا فانه ظن في اول

امر انه يرمي صيدا او يقتل قاتل ابيه فهو من وجه
محق من حيث انه ظن حقا اما في مسئلتنا فليس فيه شي
من الحق بحال فكيف يقال هو شبهه ثم هو باطل فان
ظاهره معتبر فانه يقال قد ودم بالضرب واسود
ج واخضر ورضض العظام وكسر الاضلاع وبقي الزجاج
مكسره في جوانب محوران يقال انه هالك من وجه
دون وجه ثم هو باطل بما اذا ادخل ميله او سفودا
في احد منفذيه فمات فانه ما غير شيا من ظاهره
ويجب عليه القصاص فان قالوا قطع الامعاء وفتت
الكبد قلنا وهاهنا قد هشم العظام وقدد اللحم
فلا فرق بينهما مسئله المكره على القتل اذا
قتل من اكره على قتله وجب عليه القصاص عندنا
على القول المنصور والقول الثاني وهو مذهب
ابي حنيفه ان القصاص عندنا يجب عليه نصف
ص الديه وقال ابو حنيفه لا يجب عليه لا القصا

السفود بوزن التنور الحديد الذي يشوى بها اللحم ٥

ولا الدية ولا الكفارة اما المكره فقد اتفقنا على وجوب
القصاص عليه وان خالف زفر منهم وبعض الاصحاب
منا ومأخذ النظر ان الاكراه عندنا لا يخل بالقصد
والاختيار ودليله امران احدهما اجماع المسلمين
على ان المكره على القتل ظالم عاصم آثم وان خطاب الشرع
متوجه اليه وقائم عليه الانكفاف والانزجار عن الاقدام
على قتل هذا المظلوم والاثم انما يتعلق بفعل فاعل مختار
بدليل شهادة الطرد فعند انتفاء الاكراه واما العكس
فصورة الامر الثاني انقسام افعاله الى حرام كالقتل
والزنا وواجب كشرب الخمر واتلاف المال ومباح
كالاتيان بكلمة الكفر ولو لا نسبة الفعل اليه حقيقة
لاستحال توجه خطاب الشرع اياه فان قالوا كيف
تستدلون بالاثم على القصاص مع ان الاثم ثابت
في قتل الوالد ولده والسيد عبده ولا قصاص
قلنا نحن لم نستدل بثبوت الاثم الا على بقاء السبب

في حقه وان الفعل معتبر منه واذا ثبت السبب ففي
احكامه القصاص وقد اوجبه في حق المكره وفاقا فوجب
ان يكون معتبرا في حق المكره ايضا بخلاف الوالد مع
الاستسلام والانقياد ولده والسيد مع عبده فان
السبب في حقهما ما اوجب القصاص وفاقا فان قالوا
ما اثم بالقتل وانما اثم بتركه وهو متعبد في الشرع
بالاستسلام اذ ليس له ان يقي نفسه بنفس غيره
وهو مماثل له في الحرمة لا ترجيح لاحدهما على الاخر
قلنا هذا باطل اذ لا يجوز ان يكون الاستسلام مقصود
الشرع على تجرده فانه لو استسلم للمكره حتى قتله
كان مقتولا ظلما بالاتفاق ولا يجوز ان يكون مقصودا للشرع
تحقيق الظلم وللخصم مأخذان احدهما وهو قول
البصريين منهم المكره لو بقي معتبرا لكان مباشرا
ولصار المكره متسببا وكان يمتنع وجوب القصا ص
عليه لان السبب لا وقع له مع المباشرة بدليل الكافر

مع المردي والممسك مع الجارح ويدل عليه حكمان
قرار الضمان كما في اتلاف الاموال عليه واختصاص
اسم المال به دون المكره المباشر والحكمية اللاعبة
الى نقل فعله الى المكره ان مقصود السبب دفع القتل
صيانة لمهجة المكره على قتله وتحقيق هذا المقصود
يحصل بايجاب القصاص على المكره فانه ينزجر
عن الاكراه فلا يقع القتل من المكره فلا حاجة الى
اراقة دم معصوم من غير حاجة اليه المأخذ الثاني
وهو قول النقلة ادنى منهم ان الاكراه اثار شبهة دارئة
للقصاص من وجهين احدهما انه اباح المحظور
كلمة الكفر واوجبه في شرب الخمر واتلاف مال
الغير وها هنا ان لم تترتب عليه الاباحة
فلا اقل من ان يورث شبهة الثاني ان توقف صيانة
النفس على القتل يبيح القتل دفعا للحاجة كما في الصائل
وها هنا اذا لم يبح فيكون شبهة لوجود صورة المبيح

كالملك في الامة المجوسية والاخت من الرضاع والجواب
عن الاول انه باطل بما ذكرناه من توجه خطاب
الشرع نحوه وزجره عن الاقدام على الفعل ولولا نسبة
الفعل اليه حقيقة لاستحال توجه خطاب الشرع
اياه قولهم ان فعل المكره لو بقي منقولا لكان مباشرا والمكره
متسببا قلنا مسلم ولكن لم يمنع وجوب القصاص
على المباشر والمتسبب جميعا قولهم ان السبب لا وقع
له مع المباشر قلنا لا نسلم فان التسبب اذا كان قويا
كان كالمباشر وهذا لان الاسباب تنقسم الى
ضعيف كحفر البئر والامساك فلا يجوز ان يجتمع
مع المباشر والى قوية كالشهادة الباطلة اذ قد
اجمع المسلمون على ان شهود القصاص اذا رجعوا
يلزمهم الدية المغلظة وهم متسببون وما نقلت
اليهم مباشرة الولي اذ ما تعرى جانبه عنها
فلو كان لا وقع للتسبب مع المباشر لما لزم الشهود

بي وهذا مما لا محيص عنه ولا الاكراه من هذا القبيل بل
الاكراه هاهنا افضى الى الزهوق من المباشرة فانه
المنشئ للداعية المحرك للقاتل بخلاف الامساك والحفر
واظهر الالزامات الردي مع المباشر في قطع الطريق
عندهم فانه متسبب غير مباشر ثم جعلوه كالمباشر
واما قرار الضمان في الاموال فممنوع على رأي ونقول
هما شريكان في الاتلاف فيتوزع الضمان عليهما
شرطين قولهم ان المقصود حاصل بشرع القصاص
في حق المكره قلنا الاحكام لا تتبع المقاصد
وانما تتبع المقاصد وانما تتبع الاسباب عند
احتمال المقاصد وقد تحقق هاهنا هذا ان اوجبنا
القصاص على المكره والاخر اصحابنا من قال ان القولين
في المكره واما المكره فيلزمه القصاص قولا واحدا
وبهذا يبطل ايضا ما ذكروه من نقل فعل المكره المبا
الى المكره قولهم في الماخذ الثاني ان الاكراه

اثار شبهة ممنوع فان الاكراه قط لم يكن مبيحا للقتل
وكونه مبيحا لغير القتل لا يوجب شبهة فيه واما
الصيال فقد تعارض فيه الجانبان لاستوائهما
في العصمة وترجح جانب المقصود بان لا عدوان في جهته
والصايل معتد بقصد القتل اما هاهنا فلا عدوان
من جهة المحمول على قتله فلم يوجد في حقه مبيح كالا ف
الامة المجوسية والاخت من الرضاع فان الملك
مبيح الوطي فصلح ان يكون شبهة فيه **مسألة**
شهود القصاص اذا رجعوا وقالوا تعمدنا قتل المشهود
عليه او شاهدنا المشهود عليه حيا يلزمهم القصاص ص
عندنا وقال ابو حنيفة تلزمهم الدية مغلظة في
مالهم دون القصاص وللمسألة صور منها ما اذا رجع
الشهود والولي والقاضي معهم وقالوا تعمدنا القتل
فعندنا يجب القصاص على الكل وقال ابو حنيفة
لا قصاص في شيء منهما ومأخذ النظر ان الشبهة

عنا. اصاح لايجاب القصاص كالمباشرة على ما قررناه
في المسئلة السابقة وعندهم التسبب لا يصلح ان
يكون موجبا للمباشرة اصلا وزعموا ان ايجاب
القصاص على المكره انما كان لطريق كونه مباشرا
حكما على ما سبق واستدل القاضي ابو زيد على
ذلك بان القصاص وجب جزاء الفعل وجزاء الفعل
مثل الفعل قال الله تعالى وجزاء سيئة سيئة
مثلها وقال فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم وليس التسبب مثل المباشرة
فكيف يجازى على السببية بمباشرة والجواب
نقول قد تعجب الاصوليون من قول الفقهاء
سبب ومباشر فان كل ما يعتقده الفقهاء مباشرة
هو سبب فان المباشر هو ما قام بمحل القدرة
كحركة اليد مثلا فاما ما جاوز محل القدرة فكله
اسباب حتى حز الرقبة وشق البطن وهذا لان

الروح ليست شيئا يمكن اختطافها وانتزاعها من محل حتى
يقال باشرها وجنى عليها ولا يتعلق القدرة البشرية بازهاقها فيها
انما يتوصل عنده الالام والسرايات التي تتمكن من الا عضا
الشريفة فيزهق عند ذلك وعند ابي حنيفة
جراحات تعقبها الزهوق فالقتل بكل حال انما
هو تسبب ومعنى التسبب التوصل الى المقصود
وهذا بعينه قد وجد من الشهود غير ان الاسباب
منها قوية ومنها ضعيفة ومعنى القوية ما تعلقت بمقصو د
بعينه ومعنى الضعيفة ما يتعلق بمقصود بعينه كحفر
البير والامساك فالشهادة سبب قوي حيث تعلقت
بعينه فهو كالاكراه فان قالوا المكره مباشر حكما قلنا
فكيف جعلت المباشرة المقدرة حكما كالمباشرة الموج ده
حقيقة ولا مساواة بين المقدر والحقيقي فاعلم بما
استدللتم به من قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها
فمن عفا واصلح فاجره على الله فان هذا المكره ما باشر

وقد باشرتموه وعاشرتموه وعاملتموهم باكرم ما عمل فاذا
جاز ان يجعل المقدر كالحقيقه جاز لنا ان نجعل التسبب
القوي كالمباشره ثم نقول جميع ما ذكرتموه يبطل بالردي
مع المباشر في قطع الطريق فانه متسبب غير مباشر
ثم جعل كالمباشر في ~~قطع الطريق~~ الحكم وربما زعموا
ان قصاص القاضي يورث شبهة من حيث انه مبيح في
الجمله اعني فيما اذا لم يعلم القاضي وظن الولي الاباحه
وقد وجدت صورته هاهنا وان تخلفت عنه الاباحه
اذ قد علم في مواضع ان الشبهه هي وجود صورته هاهنا
ان وان تخلفت عنه الاباحه قد علم في مواضع الشبهه
هي وجود صوره المبيح بدون الاباحه فتصير انه ادام
بالشرع والقصاص عقوبه فيدرا بالشبهه كالحد ونحن
نقول هذا محال فان قضا القاضي انما يورث شبهه اذا
كان هناك التباس واشتباه فيلتبس الحال على الولي
والقاضي فاما الولي عالم والقاضي عالم بالحال فينتحل

نفا الشبهه والاحتمال وقولهم ان صوره المبيح شبهه
باطل بل الشبهه مشتقه اما تشابه الحق كما ذكرنا
في قتل الخطا او من الاشتباه عند تعارض المبيح والمحرم
كما في حق الاخت من الرضاع والامه المجوسيه ولم يوجد
فيما نحن فيه شي من ذلك مع علم الولي القاضي والشهود
بكذب انفسهم وزورهم على انه فاسد قطعا فان
قضا القاضي عندهم انما يورث شبهه في العقود والردة
لانهم يوهموا ان له ولايه هناك فكان قطاو شبهه
فاما في الدما والحدود فلا مدخل له فيها فاستحال كونه
شبهه ثم هو باطل بشهود الزنا اذا رجعوا بعد القضا
فانه يلزمهم حد القذف وفاقا مع كون القضا صحيحا
في ظن القاضي وهاهنا هو عالم ببطلانه اذ الكلام فيه
مسئله شريك الاب في قتل ولده يلزمه القصاص
عندنا خلافا لابي حنيفه رحمه الله وهذا الخلاف جار
فيما اذا اشترك مسلم وذمي في قتل ذمي والسيد ي

وعبده في قتل عبده مع الاتفاق على ان لا قصاص على
شريك الخاطي الا على وجه للمزني وما خذ النظر ان فعل
الاب عندنا موجب للقصاص لا خلل فيه كفعل
شريك الاجنبي وعندهم غير موجب كفعل شريك
الخاطي الا على وجه المزني ولنا وللاصحاب في تقرير ما خذنا
مذهبنا احدهما ان القصاص وجب على الاب
الاب كما وجب على الاجنبي ثم جرى عفو الشرع عنه
فسقط الوجوب واستدلوا على ذلك بوجود العمد المحض
والعدوان المجرد اما العمد فانه محسوس لا يحتاج فيه الى
دليل وقد قال صلى الله عليه وسلم العمد قود واما عدوانه
فنفاحش ابدا لان حرمة الاب تساوي حرمة الاجنبي
وزادت عليه لما فيها من قضية الرحم ومعلوم ما لقطيعة
الرحم في الشرع من الوقوع قال الله تعالى فهل عسيتم
ان توليتم ان تفسدوا في الارض وتقطعوا ارحامكم
اولئك الذين لعنهم الله فاصمهم واعمى ابصارهم

وتوعد على قطيعة الرحم بهذا الوعد الشديد واذا وجب
على غير الاب بحرمته دون حرمة الاب فلان يجب
على الاب اولى قالوا ويجوز ان يفعل لوجوب اولا
ثم السقوط بدليل احدهما اذا قتل الاب معتوق ابيه
فانه يجب القصاص على الاب ثم يسقط بعد ذلك
الثانية اذا اشترى اباه فانه يصح الشرى ويثبت
الملك ثم يعتق بعد ذلك اعمالا للدليلين اعني المثبت
والمسقط المذهب الثاني هو الصحيح قولهم ان القصا ص
غير واجب على الاب غير ان فعله موجب لا خلل
فيه باعتبار كونه عمدا محضا الا ان الوجوب اندفع عنه
لا لخلل في الفعل بل لمعنى يخصه ويميته ولا يتعدى ا ه
الى من عداه فان صفة الابوة لازمة له وهي الشبهة
المسقطة لا لخفة جنايته بل لان الابوة اوجبت
ان لا يقتل بسبب ولان قالوا كيف يجعل موجب
لا يوجب قلنا لا يبعد فيما اذا رجعا معا ثم مات احدهما

قبل اصابة السهم فان الحي يستوفي منه القصاص

ثم التحقيق فيه ان الدافع اذا قارن الموجب دفع

الحكم وكان كالقاطع لا في حكم مانع اصل التسبب

كما في المغرور بحريه جاريه اذا احبلها واحتجت

الحنفيه في تقرير ماخذهم بان قالوا الاجنبي شارك

من لا قود عليه فلا يجب عليه القود كشريك الخاطي

وذاك ان الابوه كما انها صفه قايمه به لا يتعدى

الى شريكه فالخطا ايضا هو الجهل بالحال وجهله

صفه قايمه به لا يتعدى الى شريكه ثم يسقط القصاص

عن شريك الخاطي فكذلك عن شريك الاب لا يفترقان

الا ان الابوه صفه ملازمه والخطا صفه مزايله

وهذا فرق لا اثر له في الحكم والتحقيق فيه هو

ان فعل الاب غير موجب اجماعا وفعل الاخر وان

كان موجبا لكن يحتمل حصول الزهوق بمجموع الفعلين

ويحتمل حصوله بفعل الاب على الانفراد ويحتمل

سهما

حصوله بفعل الشريك على الانفراد فعلى تقدير حصوله

بفعل الاب لا يجب القصاص فلا يمكن ان يجب ومن ان لا

يجب والجواب نقول شريك الخاطي يلزمه القصاص

على راي المزني فنمنع وعلى التسليم نقول الفرق بين شريك

الاب وشريك الخاطي ان الخاطي بوصف يتعدى الى فعله

ولهذا ينتصف به الفعل فيقال فعل خطا والابوه لازمه

لا يتعدى الى فعله ولهذا لا يقال فعل اب هوف قولهم ان الزهوق

يحتمل حصوله بفعله دون فعل شريكه او بالعكس قلنا

هذا مبني على خيال التولد والايجاب وهما باطلان

قطعا فان فعل العبد غير موجب ولا مولد بل معنا

انتساب الحوادث الى اكتساب العباد صيرها

اسبابا لها بحكم العاده والسبب العادي في الزهوق

من الالام فكل فعل له حظ من الايلام استحال خروجه

عن حد السبب العادي فكان الزهوق منتسبا

في العاده الى مجموع افعال الشركا قطعا ثم لا نسلم ان

فعل الاب غير موجب ابدا على بنيانه فان قالوا اعتبار
فعل الاب الفاعل في حق غيره فرع على اعتباره في
حق نفسه فكيف يعتبر في حق غيره قلنا هذا انما
يستقيم ان لو قلنا ان القصاص سقط عن الاب
لمعنى في فعله او حاله يعود الى فعله وقد بينا ان سقوطه
كان لمعنى يخصه ولا يتعداه فان قالوا لكم ان الابوه
صفه لازمه للاب لا يتعداه الى فعله والاصل
بها سقط بمثله لا يختص عنها وهو اذا اشترك
مسلم ومجوسي في ذبح شاه فان الشاه ميته
ومعلوم ان المجوس صفه قايمه به لا يتعدى الى فعله
قلنا هذا باطل لانه كما لا بد من النظر الى حكم العله
لا بد من النظر الى محلها والحكم هاهنا هو الاباحه
والتحريم ومحله الشاه وهو محل متحد وقد اجتمع
فيه ما يقتضي الحظر على الاباحه وفي مسئلتنا
الحكم هو القصاص ومحله الفاعل والفاعل متعدد

فيجوز ان يجب في احدهما دون الاخر ودانه
من الذبيحه ان ذبح المسلم شاه والمجوسي شاه فيحل
احدهما دون الاخرى فهما ذاتان في محلين **مسئله**
سرايه القصاص مهدر غير مضمونه عندنا وقال
ابو حنيفه رحمه الله هي مضمونه بالديه المغلظه في
ماله وصورة المسئله ما اذا قطع يد انسان ظلما
فاقتص من الجاني فسرى الى نفسه ومات ومأخذ
النظر ان مستحق القطع عندنا غير مقصر في الاستيفا
نظرا الى اطلاق الاستيفا وعندهم منسوب الى
التقصير من حيث انه يجبر في الاستيفا والدليل
على صحه ما ذهبنا اليه ان نقول الشرع اذا احد
حدا او رسم رسما وعين محلا فقد قطع اجتهاد المجتهدين
فيما عينه وبينه فلا سعي للراي فيه مجال ولا للفكر
وجه ولا احتمال اذا كان كذلك فقد دفع
تقصير المستوفي لان التقصير انما يتصور في طريق

استنبفا به راى المستوفي واجتهاده والتقدير والتحديد
من جانب الشرع رافع الاجتهاد العباد وقد جمع
الشافعي رضي الله عنه هذا المعنى في عبارة رشيقه
وجيزه فقال عقوبه مستحقه مقدره فكانت شرايطها
مهدره كالامام اذا قطع يد السارق فان قالوا
وهو ما حدهم الاذن في القطع مقيد بشرط سلامه
العاقبه قلنا العواقب مستوره فكيف يمكن اشتراطها
فان قالوا انما يمتنع ذلك في الفعل المكلف به حتما
لانه لا يمكن الاحتراز عما يتولد منه اما التخيير بين فعل
الشي وتركه فلا ينفي اشتراط السلامه فان
الاحتراز عنه ممكن بان يقول المعني انت مادون
بشرط سلامه العاقبه والخيره اليك في اقتحام
ورطه الخطر غايه اولى الالباب ان يستشعر خوف
الاثم والضمان بتقدير والضمان بعديرها ولا حرج
عليه قالوا ويدل على امكان هذا الاشتراط مسايل

احديها الصلوه في اول الوقت فانها واجبه عندكم
ويجوز تاخيرها بشرط سلامه العاقبه حتى لو مات
العزر فانه جائز للولي بشرط سلامه العاقبه حتى لو مات
المعزر اثم وضمن الثالثه ضرب الزوج زوجته فان
الشرع شرعه وجوزه ثم اوجب الضمان اذا حصل
منه اتلاف الرابعه الختان فانه مشروع فاذا سرى
ضمن **والجواب** نقول الدليل على ان الاذن مطلق
سوا وقف او سرى ان المقصود منه التمكين من الفعل
الذي هو متعلق الغرض وذلك انما يحصل بالتمكين بالاباحه
لا يتقيد بما لا يندرج تحت الوسع والاذن بشرط
سلامه العاقبه غير معقول اما الصلوه في اول الوقت
انما يجوز تاخيرها بشرط العزم على الفعل في اخر الوقت
فاذا اخر مع وعمات قبل انتها الوقت لم يعص الله تعالى
اصلا واما المعزر والمودب والزوج فكل منهم ماذونا
بالاجتهاد لا اختيار تاديبه لا يسري الى النفس غالبا

فاذا فعل مما يتشرى تبين انه اخطا المامور غير انه يجب
علينا ان نعذره لخطائه على ما دلت عليه الشواهد اما في
مسالتنا فالحق متفق بتقدير الشرع ولا يمكن نسبته
الى الخطا وما ذكروه من التخيير بين الفعل والترك ملغى
بوكيل المقتص فانه لا يضمن ذا سرى وفاقا مع انه يتخير
في فعله واذا شئت ان تجرد عن هذا المعنى عبارة فقل
تسلط على فعل مباح وفي عينه مباح فلا يكون
سببا للضمان كالفعل المباح اعني فعل الولي معنى
الكلام ان تسليط الوكيل على القطع مباح كما ان
القطع في عينه مباح فلا يكون سببا للضمان على الموكل
كما لم يكن سببا للضمان على الوكيل اجماعا واما الختان
فليس سببا مفضيا الى الزهوق بل قد يندر ان يعقبه
زهوق في العادة فان وجد زهوق عقيبه فذلك
نادر بخلاف مسالتنا فان الشرع جوز القصاص مع كونه
ما يفضي الى الزهوق مراعاة لمعنى الصيانة فلو قلنا

له الا ان استيفا هذا هو العضو ومن يتشرى على البا وعليك
الضمان ان سرى في هذا زجر له عن الاقدام على استيفا
القصاص ويؤدي ذلك الى دفع القصاص وابطال حكمه
الردع والزجر فافترقا **مسألة** اذا كان في ورثة
القتيل كبير وصغير لم يجز للكبير ان ينفرد باستيفائه
بل ينتظر بلوغ الصبي وقال ابو حنيفة يستوفيه
الكبير ولا ينتظر اتفقنا عندنا ان يحبس القاتل الى
حين بلوغ الصبي او افاقة المجنون ولا خلاف فيما اذا كان
بعض الورثة غايبا انه ينتظر قدومه ومأخذ النظر ان
حق القصاص عندنا يثبت للوارث بطريق التلقي من
الموروث فيستوي في استحقاقه الصغير والكبير وعندهم
يثبت للوارث ابتدا لا بطريق التلقي فيثبت لمن هو
اهل للاستيفا والدليل على ما ذهبنا اليه امور
اربعة احدها ان الجناية وردت على خالص حق القتيل
فكان الواجب بها خالص حقه اثباتا للحكم على وفق

النسب الثاني انه لو عفي صح وسقط ولولا انه حقه
لما سقط باسقاطه الثالث ان الدية حق له بدليل
قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه وهي احد البدلين
فكذلك البدل الاخر وان قيل وهو مأخذهم لا نسلم
ثبوت حق القصاص بطريق الارث بل ثبت للورثة ابتدا
لا بطريق الارث وبيانه من وجهين احدهما ان الارث
انما يثبت في حق كان قد ثبت للمورث في حال حيوته
ثم ينتقلونه منه اما القصاص فانه يثبت بعد الموت فكيف
ينقلونه منه وهو بعد الموت لا يستحق القصاص
الثاني ان القصاص عبارة عن فعل القتل المشروع
جزا بدليل امرين احدهما قوله تعالى وجزاء سيئة
سيئة مثلها والثاني اشعار لفظه فانه ينبي على اتباع
اثر الفعل الاول بمثله قال الله تعالى وقالت
لاخته قصيه اي تتبعي اثره ثم هذا القتل المشروع
لا يتجزى ولا يتبعض فان بعض القتل غير معقول

وقبل مثله ان يضاف الى كل واحد من المستحقين
بكماله لضرورة تعذر التجزية والاولياء كولاية النكاح
لكل اخ الاضافة الى النكاح الواحد المشروع في
حق الاخت فانها يثبت للوارث ابتدا بدليل انها
لا يثبت للاخ على نحو ما كان ثابتا للاب وانما يثبت
للوارث ابتدا لدفع العار كذلك هاهنا يثبت
حق القصاص للوارث ابتدا لغرض التشفي والانتقام
قالوا ولا يخفى انتفا اهليته ابن يوم لفعل القتل
وتحصيل غرض التشفي والانتقام قالوا ولا يلزم على
هذا ما اذا انفرد الصبي بالوراثة حيث يثبت له حق
القصاص اجماعا ويستوفى فيه بعد البلوغ لانا نقول
لا نسلم ثبوته في الحال بل يثبت اذا انضم الى
النسب اهليته للمقصود عند البلوغ مع ساير
الشروط والجواب عن الوجه الاول
ان يبطل بما اذا عفي المجروح عن القصاص قبل موته

ومات فان الوارث لا يستحق شيا اجماعا ولو لا ثبوت
الحق له اولا لما سقط باسقاطه ويبطل ايضا بالديه
فانها تثبت له بعد الموت بدليل ان ديونه تقضى
منها ووصاياه تنفذ فيها والجواب عن الثاني
انا لا نسلم ان القصاص عبارة عن فعل القتل جزاء بل
هو عبارة عن استحقاق نفس في الذمه عوضا
عن النفس الفايته ولفظ القصاص لا يدل الا على المساواة
بين نفسين في الدين المتساوين بين نقصان وساقطان
وكون القتل الثاني جزاء للاول مسلم ولكن لا يدل
على ان الجزاء حكم للقتل الاول بل حكمه استحقاق نفس
ثم استيفا النفس تقع جزاء لتفويت النفس قولهم
ان القتل المشروع لا يتجزى ولا يتبعض قلنا انما
لا يتجزى في الاستيفا اما الثبوت والاستحقاق
فمن سلم انه لا يتجزى ولا خلاف بين الامه ان العبد
المشترك بين كبير وصغير اذا قتل لا ينفرد

الكبير بالاستيفا فدل ان القصاص ثبوته يجري غير
انه يضاف الى جميعهم فيكونون مشتركين فيه ودعوى
ثبوته لكل واحد على الكمال باطل اذ لو كان كذلك لما
سقط في حق الباقين بعفو بعض الورثه واما ولايه
النكاح فنقول الثابت هناك حق التزويج لو (احد)
منهم على البدل او نقول ثبت لهم جميعا وينزلون
منزله الشخص الواحد غير انه اذا زوج واحد منهم فهو
بمهر المثل وجب على الاخرين الرضا به وما وجب على
الانسان الرضا به لا معنى لمراجعته فيه فكذلك
لا يتجزى ولا ثبوته للوارث ابتدا باطل بقسمته على
فرائض الله تعالى وثبوته للزوجه كما يثبت للابن ثبوته
للاب مع الذكر فانه لا عهد بمثله في الولايات ولهذا
دعوى انتفا الاهليه في حق الصغير فباطل لحال
الانفراد وبحال عفو الكبير فانه ينقلب حق الصغير
مالا وكيف انقلب مالا ولا حق له اصلا قولهم

ان الحق عندهم ثابت عند الانفراد بل يتثبت اذا انضم
البلوغ الى المستثبت قلنا باطل قطعا بما اذا مات
الصبي وخلف اخوه وابن عمه فانهم يرثون القصاص
عنه اجماعا ولولا ان الحق ثابت له في الحال لما جرت
فيه الوراثة تمسكوا بما روي ان الحسن قتل ابن ملجم
لما قتل عليا كرم الله وجهه وكان في الورثة
صغارا ولم ينتظر بلوغهم ولم ينقل عن احد فيه
نكير مع كون القصة انتشرت وطيف بها الارض
فكان اجماعا والجواب من وجهين احدهما ان ابن
ملجم كفر فقتل بكفره بدليل قول رسول الله صلى الله
عليه وسلم لعلي عليه السلم ان اشقى الاولين
من عقر ناقة صالح وان اشقى الاخرين من خضب
هذه منك واشار الى لحيته وراسه ومن يكون اشقى
الاخرين لا يكون الا كافرا الثاني ان دعوى
الاجماع مبني على انتشار الواقعة ثم اثبات كونه

ثم اثبات ان السكوت كالقول من التقديرين اما
الانتشار فحكم واما السكوت فلا تصور معرفته
فلئن قالوا لو انكر لنقل قلنا ليس كل واقع منقولا وانما
الذي يجب نقله بحكم العادة مما يتوفر الدواعي على نقله
من الاشيا العظيمة والامور الجسيمة كما روي
من اجماع الصحابة مع ابي بكر على قتال مانع الزكوة بعد
ما جرى بينهم من التشاور والتشاجر واجماعهم
ايضا على قتال اهل البغي وما نقل ايضا من ضرب امير
المومنين عمر الخراج على اهل العراق فلهذا يعد اجماعا
اذا كان متفقا على جماعتهم وظهر انقيادهم فاما
فتوى فقيه في احاد المسائل في بعض زوايا الارض
ما لا يجب نقله لعدم توفر الدواعي على نقله واذا
بطل كونه اجماعا النفي فعل واحد من الصحابة
وفعل الواحد من الصحابة ليس بحجة عند الشافعي
ثم نقول كما ينتظر بلوغ الصغير لم ينتظر قدوم الغا

وهو محمد بن الحنفيه رضوان الله عليه مع اعتنا حصونه
احاعا وكما اذا لقتم في لعابيب خالفنا في الصغير
دل ان الحجه لا تقوم بمذهب احاد الصحابه مسله
من استحق القتل قصاصا او حدا اذا التجا الى الحرم
ولا يعصمه الحرم عندنا بل يستوفى منه القصاص
وهام عليه الحد فيه وقال ابو حنيفه رحمه
الله لا يقتل في الحرم لكن لا يبايع ولا يشارى
ولا يكلم حتى يضطر الى الخروج فيقتل في الحال
ثم ناقضوا هذا فقالوا لا يمنع من الما العام ولا يمنع
وكيله من البيع والشرا والحرم معناه مكه
وما احاط بها من المواقيت التي يحرم منه الناس
ولا خلاف في انه لو انشا القتل في الحرم يقتل فيه
وان من استحق عليه القصاص في طرفه اذا التجى
يستوفى منه ومآخذ النظر رجحان المطلق على
المانع عندنا وعكسه عندهم فالشافعي متمسك

بطرد القياس الجلي والضمان موجب الاستيفا
والخصم هو المدعي كون البلد مانعا من الاستيفا ولا
تعلق له سوى عموم قوله تعالى ومن دخله كان آمنا
وزعموا ان ذلك يقتضي ثبوت الامن لكل داخل نظرا الى
عموم صيغة من فاتضا لعم فيمن يعقل وقد اعتضد اصحاب
الشافعي بشهادة الحلم والمعول ما الحلم فسلمنا ان احداهما
فصل الطرف فان حق الادمي في طرفه دون حقه في نفسه
فاذا اقتضت عصمة الطرف تقديم قصاص الطرف
على حرمة الحرم فلان يقتضي عصمة نفسه تقديم قصاص
النفس عليها من طريق الاولى فلئن قالوا الاطراف
تجري مجرى الاموال وتجري مجراها بدليل ان الصحيحه
لا تؤخذ بالشلا وكامله الاصابع بناقصة الاصابع
بخلاف النفوس قلنا باطل من وجوه احدها جريان
القصاص الثاني ان ذلك يبطل بالصيد المملوك
فانه مال حقيقه ثم الحرم يعصمه ومشابه المال لا يزيد

غير المال الثالث ان هذا الخيال ان استقام في
قصاص الطرف لا يستقيم في القطع في السرقه اذ
ليس فيه شبهه الاموال كالثمر ثم فلم لا يعصمه
الحرم المسأله الثانيه فاذا انشا القتل في الحرم
فانه يقتل فيه وفاقا فان قالوا الحرم انما يعصم من
جعله معقلا وموئلا واوى اليه على قصد الالتجا الى
ابواب الملوك اما من جنى بين يدي الملك او بحضرته
كان جديرا بان يغلظ عليه قلنا هذا باطل على اصلكم
بان اجتاز بالحرم في جنح الليل وهو لا يشعر بان كان
نايما او غافلا فانه يعصمه مع انتفا الالتجا وكذا لو
دخل مكرها مقهورا او يطلب بضاعه يبطل
ولا قصد له ولا اراد الدخول فان الحرم يعصمه
واما المعنى فهو ان الضابط عصمه النفوس حق
العبيد فانه شرع لمنفعته ومصلحته وحرمه البقعه
حق لله تعالى والله تعالى مستغني عن الحقوق

وحق العبد مبني على الشح والمضايقه وحق الله تعالى
مستغن على اليسر والمساهله فقدم حق العبد لحاجته
لا لشرفه ودليل اعتبار هذا الرجحان ان من اجتمع
عليه رجحان وقصاص وحد قدم حق القصاص اجماعا
واما الايه فقد ذكر علما التفسير انها وردت اخبارا
عما كان في قدم الدهر وسالف الزمن وذلك ان القرى
حول مكه كانت محط الغارات ومهبط المحن
ي والافات ومكه محروسه مصونه لا ينالها الايدي
ولا يقصدها قاصد فصرف الله عنها الدواعي وجعلها
امنا فذكرهم الله الاه ومنته وما كان انعم عليهم في
سالف الزمن ويدل على صحه ذلك قوله تعالى وقالوا
ان نتبع الهدى معك نتخطف من ارضنا اولم نمكن لهم
حرما امنا يجبى اليه ثمرات كل شي وقوله اولم يروا
س انا جعلنا حرما امنا ~~يجبى اليه ثمرات~~ ويتخطف الناس
من حوله افبالباطل يومنون وقوله تعالى الذي

اطعمهم من جوع وامنهم من خوف وقد ذكر بعد هذه الايه
ما ونلا ان احدهما قول ابن عباس رضي الله عنه ان
المراد بها الامن من عذاب القبر والثاني الامن من
عذاب ترك الحج قوله ومن دخله كان امنا معناه حاجا
بنا على العاذب فقد قال صلى الله عليه وسلم من مات
ولم يحج فليمت ان شا يهوديا وان شا نصرانيا ثم قال
ومن دخله كان امنا اي من هذا الوعيد كما توعد
بالعقوبه على الكريم وال لا اله الا الله حصني فمن حصني
امن عذابي

مسايل الديات مسله

مسله ديه اليهودي والنصراني ثلث ديه المسلم عندنا
وديه المجوسي ثلثا عشر ديه المسلم وقال ابو حنيفه
رحمه الله ديه اهل الكتاب والمجوسي والمعاهد مثل ديه
المسلم والديه الواجبه في قتل المسلم مايه من الابل
فاذا كانت موجوده بما لا يجوز العدول عنها الى غيرها
الا بالتراضي على طريق المعاوضه فان عوزت اما

بان لا توجد او وجدت باكثر من ثمن المثل فقال الشافعي
في الجديد يعدل الى قيمتها من الدنانير والدراهم فينظر
الى الابل التي لو كانت موجوده وجب دفعها فتجب
قيمتها بالغه ما بلغت فعلى هذا يكون للنفس بدل واحد
وهو الابل والدراهم والدنانير بدل البدل وقال
في القديم اذا عوزت الابل وجب الف دينار او اثنا
عشر الف درهم فعلى هذا يكون للنفس ثلاثه ابدال
الابل والدنانير والدراهم ويكون ديه المجوسي على هذا ثمان
مايه درهم وعلى القولين جميعا لا يجوز العدول عن الابل
مع وجودها وقال ابو حنيفه هو الخيار ان شا
دفع مايه من الابل وان شا الف دينار وان شا
عشره الاف درهم ومأخذ النظر فيها ان الديه عندنا
وجبت في مقابله المحل اعني بدلا عن ذات المقتول
وقد قررنا في مسله قتل المسلم بالذمي ان لا مساواه
بين المسلم والكافر واقوي ما قررناه ان المسلم

والذمي يتفاوتان في العصمة من حيث ان عصمة الذمي تبع
لعصمة المسلم والمقصود بشرعها واثباتها نفع المسلمين
وما يحلو به الفايده عايده الى المسلم فكانت مرادة له
فدل انها تابعة لعصمة المسلم فلا يمكن ان تكون مساوية لف
واذا لم يتساويا في العصمة دل ان اختلافهما فلا يجوز
ان يتساوا بدلهما الا ترى ان النوعين في العبد لما
اذا تساوى بدلهما دل على تساوي ذاتيهما فان قالوا
وهو ما حد الدية ليست واجبة في مقابلة المحل واحر
بل هي واجبة في مقابلة المالكية وسقوطها بها لانها تدل
على كمال الشخص بالنسبة الى الاعراض الدنيا وبه فاذا
قال كملت المالكية كملت الدية وان هي نقصت
نقصت الدية وكمال المالكية يملك للنوعين جميعا ملك
اليمين وملك النكاح وقد راينا ان للحر الكافر
كالحر المسلم في ملك النوعين جميعا فقد استويا في
احكام الدنيا وكما يرجع الى امورها واسقاط

احوالها وربما كان الكافر فيما يرجع الى احكام الدنيا
ارجح وانما عز الاسلام والمجازاة عليه يكون في العقبى
قال الله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة
لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج
عليها يظهرون ثم قال وان كل ذلك لما متاع الحيوة
الدنيا والاخرة عند ربك للمتقين وقال صلى الله
عليه وسلم لعمر اما علمت يا عمر ان لهم الدنيا ولنا الاخرة
قالوا وحرج على هذا العبد والانثى فان كل يملك احد
نوعي الملك فلم يكمل ديته **والجواب** ان ما ذكره
فاسد من وجهين احدهما انا نعلم ان اقوى الملكين ملك
اليمين لانه هو الاصل وملك النكاح مشبه به ليس في
النكاح حقيقة ملك وانما معنى النكاح الازدواج والا شتراك
فللزوج على الزوجة حقوق وللزوجة على الزوج
حقوق وانما حق الزوج هو الراجح ولهن مثل الذي
عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة وان كان الملك

للخيفي وهو ملك اليمين فكان ينبغي ان من سلب هذا
الملك بالكليه ان تنقص ديته الى غايه ومن ثبت في حقه
هذا الملك ان يكمل دينه وانتم قد فعلتم على العكس من ذلك
فان الانثى تملك ملك اليمين وديتها على الشطر والعبيد
لا تملك ملك اليمين ودينه كديه الحر الا عشره دراهم
الثاني ان ذلك يبطل بالامه فانها لا تملك لا ملك
يمين ولا ملك نكاح فكان ينبغي ان لا يضمن اسا فدل
ان الديه لا تكون في مقابله الملك وانما هي في مقابله المحل
المحرم وقولهم ان المسلم والكافر يستويان في احكام
الدنيا وانما يظهر علو الاسلام في الدار الاخره قلنا هذا
الكلام لا نرتضيه دون ان علو الاسلام وفضله
يظهر في الدنيا والاخره وما المانع من ذلك وقد ورد
الشرع به قال الله تعالى ام نجعل الذين امنوا وعملوا
الصالحات كالمفسدين في الارض ام نجعل المتقين
كالفجار ولم يضرب الشرع عليهم الجزيه والصغار د

وميزهم عن المسلمين بالغيار وواحد الشعار ومنع علو
بنيانهم وامر الجائهم الى اضيق الطرق الا لا لحطها د
عن المسلم وذلك الكافر دل ان ما ذكروه باطل من كل
وجه فان قالوا هذا كلامكم في نفي المساواه فعلى ما عول لتم
من التقدير والقياس لا يهتدي اليه قلنا نعم القيا من
لا يهتدي اليه التقدير ولكن يهتدى الى نفي المساواه
اما التقدير فقد استفدناه من التوقيف قال
الشافعي رضي الله عنه صح عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه جعل الديه مايه من الابل ثم قومت عند
اعوازها فبلغت ثمانيه الف درهم وثمان مايه دينا د
فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ديه اليهودي
والنصراني اربعه الاف درهم فكان على النصف
من التقويم فاخذ بهذا المذهب مالك
وقال ديه الجاني نصف ديه المسلم فلما انتهى
الامر الى امير المومنين عمر غلت الاسعار وعزت

الابل فصعد وخطب خطبته المشهورة وامر بتقويم
الابل الى اثني عشر الف وجعل دية اليهودي والنصراني
على ما بقي عليه من اربعة الاف درهم قال الشافعي
هذا من فعل عمر على انه عرف من جهة النبي صلى الله
عليه وسلم ان التقدير باربعة الاف درهم تعبد وكذلك
وفي حق المسلم تقويم وذلك قد يرتفع وينخفض
فالشافعي اخذ بقضاء عمر لانه لا يقدم على مخالفة
نص الرسول عليه السلام الا وقد علم نسخها والحديث
حكاية فيحتمل ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم قد
اوجب النصف من دية المسلم ترغيبا وتطييبا لقلوب
الكفار جريا على عادتهم ودى يهوديا عامر
من عنده وقضاء عمر غير محتمل لمخالفة النص فان عارضوا
بما روي ان الزهري قال مضت السنة على عهد
الصديق والفاروق وعثمان وعلي
ان دية المعاهد مثل دية المسلم قلنا مراسيل الزهري

علي

عن شخصيته لانه كان يعيش لا يقيس ويسترسل في الرواية
عن كل واحد **مسألة** الجنين الرقيق يضمن
عندنا في الجناية بعشر قيمة امه ذكرا كان او انثى وقال
ابو حنيفة يضمن بقيمة نفسه فان كان ذكرا وجب
على عاقلة الجاني نصف عشر قيمة نفسه وان كان انثى فعشر
قيمتها ومأخذ النظر ورود الشرع في جنين الحر
خمس من الابل عند اعواز الغرة فاعتقد الشافعي
ان المعتبر في تقديره الخمس نسبته الى الام ترجيحا
لجانب التبعية وهو عشر ديتها فاوجب في الرقيق
عشر قيمة الام لان جراح العبد من قيمته كجراح
الحر من ديته واعتقد ابو حنيفة ان المعتبر فيه
نسبته الى نفسه ترجيحا لجانب الاصالة والاستقلال
وهو نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديتها
ان كان انثى فاوجب في جنين الامة في هذه النسبة من
قيمته لان جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته

واعتقد ابو حنيفه ان المعتبر فيه نسبته الى نفسه ترجيحا
لجانب الاصاله واستقلاله وهو نصف عشر ديته ان
كان ذكرا او عشر ديتها ان كانت انثى فاوجب في جنين
الاماء على هذه النسبه من قيمته لان جراح العبد من قيمته
كجراح الحر من ديته فيختلف عنده ضمان الذكر والانثى
هاهنا وعندنا لا يختلفان ومستند هذا التجاذب
تعارض جهة الاصاله والتبعيه في الجنين فانه اصل
بنفسه من حيث انه ينتقل بحيوته ومماته حتى يتصور
ان يموت احدهما وبقي الاخر ساعه او ساعتين ويصرف
بدله الى ورثته ويقسم على فرائض الله تعالى ومن
حيث انه يتصل بالام اتصال خلقه على وجه يتغذى
بغذائها بواسطة الطعام والشراب الذي يستقر
في معدة الام فان القوه الهاضمه والمحيله اذا عملت
فيه صلح ان يكون غذا بحريه في معدة الام فان القوه
الهاضمه والمحيله اذا عملت فيه صلح ان يكون غذا

بجريه ما تحلل من اجزائها وانتشر بواسطة العروق نصيب
كل جزء واليه كذلك يتصل نصيب الجنين على مثال
تغذي النبات على لا معنى لهذا تصل الى جوف الجنين
فان ما تطعمه الام لا يصلح غذا ولو بعد الانفصال
بسنين فمن هذا الوجه يقتضي ان يكون تابعا للام
في الاحكام وقد لاحظ الشارع في احكام الجنين
جميعا حتى صح اضافه الوصيه الى الجنين له وبه دون
الام وورثه من ابيه دون الام اشاره الى الاستقلال ل
ووصي بانه داخل تحت بيع الام واعتاقها وسائر التصرفات ب
اشاره الى الاتصال الموجب للتبعيه فعند هذا
مال الشافعي في كل مذهبين نشا من اصل واحد فالمذهب
الذي فيه محافظه على حكم الاصل اولى بالاعتبار من
المذهب الذي فيه اهدار حكم الاصل وما ذهبنا اليه
مقرر للاصل من وجوه منها ان له نظيرا في الشرع فا حسبه
الى الام نسبه واحده ولا يعرف فرق الذكر والانثى

مع الجناية منفقة وما ذكره ابو حنيفة لا نظير له في
القواعد بل هو مخالف لها فانه حكم باختلاف النسبة
مع الاتفاق في الجناية على الذكر كالجناية على الانثى
ثم نسب الذكر الى قيمته نصف عشر ونسب الانثى
بعشر وهذا مخالف للاصول الا ترى ان من قطع يد حر
وجب عليه نصف ديته ولو قطع يد عبد وجب
عليه نصف قيمته الثاني ان اعتباره بنفسه
يفضي الى تفضيل الانثى على الذكر فان قيمة الذكر
اذا كانت مائة فيجب نصف عشرها وهو خمسة
وقد يكون قيمة الانثى مائة فيجب عشرها وهو
عشرة وتفضيل الذكر على الانثى مخالف للاصول
الثالث ان اعتباره بنفسه يؤدي الى اهدار دمه
في كثير من المسائل فان الجنين في الغالب ينفصل منقطعا
لحما ودما لا يوقف على حوته ولا يطلع على صفاته
ولا مالية له في هذه الحال فيمتنع تقويمه واعتباره

بنفسه فلو قدر خروجه كامل الخلقة فلا يمكن معرفة صفاته
الباطنة من السمع والبصر فلعله ابكم او اخرس ثم
ان اعتباره بنفسه يؤدي الى اهداره حيث لا يمكن
تقويمه ومعرفته وفي اعتباره بامه محافظة على ذمته
بكل حال فانا لا ننظر اليه فان عارضوا بان اعتباره
بامه يفضي ايضا الى مخالفة اصلين احدهما ان الانثى
كما لا تفضل على الذكر لا يسوى بينهما وسوى الذكر
الثاني ان اعتباره بامه يفضي الى تفضيل الميت
على الحي وهو مخالف للاصول فان هذا الجنين لو
كان حيا لعله اذا قوم كان قيمته دينارا وقلنا وجب
فيه عشر قيمة امه بكل حال وقد يكون ذلك عشرة
وقد يكون امه مائة فقد فضل الميت على الحي وذلك
لا وجه له فان الحيوة تشعر بكمال حاله والموت يشعر
بنقصان حاله وكمال الحال يقتضي كمال الضمان
والنقصان يقتضي النقصان وانتم عكستم القضية

وهذا الزام محمد بن الحسين رحمه الله **والجواب**
عن الاول ان نقول لا سواء بين التسويه والتفضيل
فان مستندنا في التسويه بان لا تسويه بين الذكر
والانثى النص المنقول في الجنين فان صاحب الشرع
صلوات الله عليه اوجب الغره في الجنين ولم يبال
اذكرا ام انثى مع ان تاثير الذكوره في تفويت الديه
اكثر من تاثير الحسن والقبح في تفاوت القيمه
وكان السر فيه انه لما انقسم صور سقوط الجنين
الى تقطع الاطراف وحصل التخبيط والتسمايل على
ما بيناه وضع الحكم وضعا يغني عن تتبع التفاصيل
العسره وقد ربه تقديرا واحدا لا يحوج الى البحث
عن صفات الجنين وهو في محل الغموض كذا انه يوضع
القوالب والاسباب الحاويه بمجاري المعاني
فوهم ثابتا في حسم مراد الاشكال في قطع النظر
عن تفاصيل الصور ان فيما ذكر نحو تفصيل المبث

على انه بل مستند ذلك اختلاف جهة الضمان
لانه في حال الاتصال يقع وفي حال الانفصال اصل
فاختلف الضمان كذلك وصار هذا كالاطراف
فانها اذا فوتت مقصودا بان قطع يديه ثم رجليه
ثم فقأ عينيه وجبت ديات ولو قتله فاتت
هذه الاطراف تبعا فلا يجب الا ديه واحده ثم لا
يعد ذلك تفصيلا للتبع على الاصل كذلك هاهنا
فان قالوا اما ذكرتموه ينتقض بمسئلتين احديهما
الجنين الحر في بطن الرقيقه فانه لا يعتبر باصله وهو
نقص لقاعده الذي ذكرتموها الثانيه الجنين المسلم
في بطن رقيقه كافره فانه لا يعتبر بقيمه الام وهي
كافره اما النقض بالجنين الحر فغير لازم لان بدل
الجنين الحر مقدر بتقدير الشرع فكما لا يعتبر
بامه عندنا لا يعتبر بنفسه عندكم فاستوت
الاقدام في هذا الالزام واما الجنين المسلم في بطن

المسلم في بطن رقيقة كافرة فلا يعتبر بامه عندنا لكن
يقيد رها الاسلام فلئن قالوا اذا قدم صفة الاسلام
فهلا قدم صفة السلامة فيها اذا كانت معيبة
قلنا فيه يمنع وان سلم فلان سلامة الجنين غير
متيقنة وان سلم ظاهرا طراوه من حيث الشكل
خلاف الاسلام فانه متيقن **مسئلة** القتل
العمد يوجب الكفارة عندنا وقال ابو حنيفة رحمه الله
لا يجب الكفارة الا في الخطا وشبه العمد وكذا الخلاف
فيمن قتل بتسبب مثل ان صب الحجر وحفر البير ونصب
السكين وغير ذلك من الاسباب التي يتعلق
بها ضمان الدية فان عندنا تجب فيها الكفارة وقال
ابو حنيفة لا تجب الكفارة بشي من ذلك غير ان ماخذ
الخلاف يتفاوت فيه في التسبب امر لفظي وهو
ان فاعل السبب هل يسمى قاتلا او لا يسمى فعنده
لا يسمى قاتلا واما المباشر عمدا وهو المقصود

٢١٥

هاهنا كون الكفارة عندنا شرعت جبرا
لما فات من حق الله تعالى كما وجبت الدية جبرا
لما فات من حق الادمي في هذا لان الادمي يشتمل
على حقين حق الله تعالى وحق للادمي في نفسه فاما
حق الله تعالى في نفسه قيامه بطاعة الله متحملا امانته
ناهضا باعباء تكليفه والخلافة في ارضه قال تعالى
اني جاعل في الارض خليفة ودليل تعلق هذا الحق بالعباد
ما روي انه صلى الله عليه وسلم سئل فقيل ما حق
الله على عباده فقال ان يعبدوه ولا يشركوا به شيا
فذكر قوله ان يعبدوه لبيان حق الشرع واذا
ثبت تفويت هذا المعنى بقتله ناسب ايجاب
التدارك بقدر الامكان باقدار نفس اخرى على
القيام بالاعتاق بقيام لله تعالى بعبادة الصيام
فزيادة العمدية ان لم تناسب التغليظ فلا تناسب
الاسقاط في شبهة العمد وزعمت الحنفية ان الكفارة

حيث وجب انما وجب جزا على الفعل الدائر بين
الحظر والاباحه حيث يناسب شرع زاجر بلا شبهه
ولنا قوله فالواو دليل شرعها جزا على الفعل بعددها
على شركا القتل مع اتحاد المحل ولو وجبت في مقابله فايت
لوجب على جماعتهم كفاره واحده كالديه لما وجبت
في مقابله المحل الفايت قالوا واذا ثبت شرعها جزا
على الفعل فلا يحل امتناع وجوبها في العمد فان حد العمد
ما نطق به الكتاب العزيز قال الله تعالى ومن
يقتل مومنا متعمدا فجزاوه جهنم خالدا فيها وغضب
الله عليه ولعنه واعد له جهنم وسات مصيرا
هذا جزاوه في الاخره وثبت القصاص جزا في الدنيا
بايات اخر فيستحيل شرع جزاين على فعل واحد
والجواب قولهم انما وجبت جزا على الفعل
قلنا ممنوع واما تعدد الكفاره في صوره الاشتراك
ففيه منع فلا يوجب على الكل الا كفاره واحده وعلى

التسليم

التسليم نقول هي عباده فلا تجري فيها فكان البعض حكما
للسبب والبعض وسيلة الى الواجب كما قررنا هذا المعنى
في القصاص وهذا هو الجواب عن المسالة الاولى فانا
لم نوجب الكفاره جزا على الفعل بل شرعناها لجبر المحل
والجمع بين الجبر والجزا غير ممتنع فانهما حكمان شرعيان
شرعا لغرضين مختلفين فان قالوا الفوات والجبر انما
يعقل في حق من يتصور بالفوات ويتجبر بالجبر وهو
العبد اما الرب تعالى فمنزه عن الضرر والنفع فلا
يعقل في حقه الخسران والجبران قلنا منافع الحقوق
كلها وان كانت راجعه الى العبد لكن بعضها
دنياويه وبعضها اخرويه ولو ترك العباد ودواعي
نفوسهم لاقتصروا على الاسباب المقبله لحقوق
تتضمن منافع الدنيا وجزموا سعاده الاخره الا الابر ن
الصالحون وقليل ما هم فان معظم الهمم لا يتجاوزوا
العاجل ولا ترعى الى الاجل فاقتضت رحمه الشرع

للعباد ان لطف عليهم وظايف سماها عبادات وجعلها
حقوق نفسه وحافظ عليها بما حافظ المستحق على
حقه من زاجر وحريص ليسوقهم بها الى سعادة الاخره
فكما صح اثبات الشرع حقا للشرع ابتداها المعنى مع
استغنايه عن الكل صح شرع الجابر فيه دوامها تحقيقا
لهذا المقصود وبالجمله معنى قولنا حق لله اي شي يتعلق
به السعاده اصل عند الله تعالى فانه تعالى مستغنى
عن الحقوق كلها مسله اذا ارتدت المراه تستتاب
فان تابت والا قتلت وقال ابو حنيفه لا تقتل
بل تحبس وتستدام حبسها الى ان تتوب او تموت
وللمسله ماخذان توقيفي ومعنوي اما التوقيفي فاختلاف
الفريقين في عمومه من اذ قد صح عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم فيما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنه
اذ قال من بدل دينه فاقتلوه وتمسك الشافعي ان كلمه
من اذا وقعت شرطا عمت الذكور والاناث وعليه

وعليه دلت نصوص الكتاب والسنه والاحكام
هو قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا ومن يقتل مومنا متعمدا
ومن دخله كان امنا من عمل صالحا من ذكر او انثى
وقوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميته فهي له من دخل
دار ابي سفيان فهو امن من كان يومن بالله واليوم
الاخر فلا يوذي جاره الى غير ذلك من الايات والاخبار
فاما الاحكام فاجروها على العموم في الايمان والتعليقات
والطلاق والعتاق كقوله من دخل الدار من نسايي فهي
طالق ومن عبيدي فهو حر فانه يشمل الذكور والاناث
وعلى الجمله اتفق الشرع والوضع على القضا وزعمت الحنفيه
انها تتناول الذكور دون الاناث بدليل دخول الجمع والتانيث
عليها على وزن غيرها من الاسما فقال من منان منون
صفه مثال منات قال الشاعر اتوا ناري فقلت منون
انتم فقالوا الجن قلت عموا ظلاما ونحن نقول هذا جهل
من قايله بالشرع واللغه جميعا فان من جملات اللغه

جميعا فان جلبات اللغه ان الذكور والاناث اذا اجتمعوا
عبر عن الجمله بصيغه الذكور ويدل عليه الاطلاق
في العادات والايمان في قول القايل من دخل الدار
فاعطه ومن زارك فاكرمه ومن نصوص الكتاب
والسنه من هذا القبيل ما يزيد على الف ومما ذكرو
من التذكير والتانيث والتثنيه والجمع فانما
يظل ذلك في صيغه الاستفهام والاستخبار على
العين كما لو قال اقبل رجل فيقول المستفهم من ولو
قال قتلت امراه فيقول منه اما في الخبر فلا خلاف
بينهم انها عامه ولو قال بتداء منه دخلت داري
فاعطها سفه في عقله واستهجن كلامه والجمع في البيت
المستشهد به استفهام مع انها لغه شاذه والقانون
الاصلي ما ذكرناه الماخذ الثاني اختلاف الفريقين
في العله الموجبه لقتل المرتد فعندنا هي تبديل الدين
الحق بالباطل وعندهم الحراب والقتال ودليل بطلان

نظر الشافعي فيه انسنا دتعليله الى ايما النص وتنبيهه
عليه فان قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه ايما الى الانها م
منه تعليل شرع القتل بالتبديل كما في قوله تعالى
السارق والسارقه فاقطعوا ايديهما وقوله الزانيه
والزاني ودليل صلاحيته عله من حيث المعنى
هو ان القتل اعلى العقوبات والكفر اعلى الجنايات
والترتيب اعلى العقوبات على اعظم الجنايات مخيل
مناسب وترتيب الحكم على الوصف المناسب
يدل على التعليل كما في نظاير المذكوره فان قالوا
وهو ماخذهم لا نسلم ان عين الكفر يناسب القتل
او يصلح عله له وبيانه هو ان الكفر جنايه على حق الله
تعالى واجزيه الافعال في دار الجزا وهي الاخره اما دار
الدنيا فلا يكون العقوبه فيها جزا على الفعل وانما شرعت
العقوبات الدنيا ويه دفعا للضرر العاجل الذي ينشوا
منها لا انها مقابله لها اعتبر هذا بساير العقوبات

فان القتل قصاصا انما شرع دفعا للضرر الذي ينشا
من القتل فانا لو لم نقتل القاتل ادى الى تسلط ذوي العداوه
على سفك دما العامه وارباب السلامه وكان القتل
مشروعا ضبطا على ايدي العتاه واما الزنا فالعقوبه عليه
ايضا دفعا لما ينشا من الضرر بطريق اشتباه المياه وخلط
الانساب وبطلان التعارف بين القبايل والعشاير
وان لا يعرف الشريف من الوضيع وذلك ضرر عظيم
وكذلك السرقه فيها من الضرر الداخل على حق
الادمي وجنايه الكفر من هذا القبيل فان القتل لم
يشرع لعينه بل لدفع الضرر الذي ينشا منه وهو الحراب
والقتال وذلك لان الكفار حرب لنا فلا نامن شرهم
وان يبدوا بالقتال وخراب البلاد وهذا المعنى انما
يتحقق في الرجال واما النسا فقد امن من جهتين
هذا المعنى فان بنيه المراه عن صالحه للقتال وما خلقت
كذلك بل هي مجبوله على الجبن والخور وملازمه الحجال

ولا يبرز مع الرجال في مقام القتال فلم يكن القتل في حقها
مشروعا اذ لا يخشى من جانبها ضرر يدفع **والجواب**
عن هذا ان نقول لم قلتم ان القتل في حق الرجال شرع في
مقابله دفع الضرر وما انكرتم على من قال القتل عقوبه
زاجره عن جنايه الكفر فكان مشروعا في حقها ايضا
ردعا لها عن ارتكاب الجريمه وايضا فانه لا نومن ذلك
في بنات جنسها وان يتشارع النسا الى ذلك مع ميلهن
الى الهوى قال الشافعي ولا نومن ان تفتن اولادها
سيما البنات فانه يميل الى الامهات وهذا ايضا نوع ضرر
يخشى منه فلو قلتم ان العقوبات المشروعه في الدنيا
ليست جزا انما الجزا في الاخره قلنا باطل واما المانع
ان يجعل عاجله من ذلك العذاب وانذارا لذلك الموعود
به وقد سماه الشرع جزا قال الله تعالى جزا بما كسبا
ثم نقول الامه مجمعه على انها عقوبه مشروعه
معززه وهذا نوع من العذاب مع عدم الضرر فان قالوا

لو كان الكفر والتبديل هو الموجب للقتل لما سقط القتل
بالاسلام لان العله سبقت لمن تاب بعد ما زنا قلنا كذا
كان القياس يقتضي الا ان الشرع استثنى ذلك بقوله
تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف
وفي الثانيه قولان احدهما يسقط الحد ومن سلم اعنه
بان التوبه عن مقطوع بقبولها والاسلام مجمع على صحته
ثم عا **مسئله** امان العبد صحيح عندنا سوا كان
ماذونا له في القتال او غير ماذون له فيه وقال ابو
حنيفه رضي الله عنه ان كان ماذونا في القتال
وان لم يكن له في القتال لم يصح وماخذ النظر فيها
الامان عندنا من قبيل الامر بالمعروف والنهي
عن المنكر شرع لمصلحه دينيه وهو استماله قلوب
الكفار واستعطافهم حتى يميلوا ويدخلوا
بلادنا ويشاهدوا ايات الله ومعجزات نبيه ويسمعوا
كتاب الله وربما استكانوا وانقادوا وادركتهم السعاده

فنطقوا بالشهاده والامان بمنزله الحجه عليهم واقامه الدليل
فلو انهم طلبوا من العبد ان يصف لهم حجه الله ودلايله
وجب عليه ذلك طلبا للاسلام ودخولا في الدين فكذلك
الامان يجب ان يصح منه في الحكم ماخذان احدها
ان الامان من قبيل الولايات والعبد ليس من اهل الولايات
بدليل انه لم يكن من اهل القضا والشهاده وولايه النكاح
والمال من حق ولاده قالوا والدليل على ان الامان من
قبيل الولايات امران احدها ان الامان يفتقر
الى نظر كامل وراي بالغ صايب من حيث ان الامان
ينقسم الى مصلحه والى مفسده فالمصلحه ان يكون
نفعه عايدا الى المسلمين وغبطته ترتبط بهم والمفسده
ان يؤمن مثلا اهل اقليم وقطر فيعود ضرره على المسلمين
فانه ينسد عليهم باب القتل والاغتنام فلما كان الامان
ينقسم الى مصلحه تاره والى مفسده اخرى احتيج الى
الى نظر ليميز ما يكون فيه المصلحه من ما يكون فيه المفسده

والعبد ليس من اهل النظر الثاني ان حد الولاية انها
تنفيذ القول على الغير وهذا بعينه موجود في الامان
فانه ينفذ قوله على غيره المأخذ الثاني قولهم ان الامان
من توابع القتال والعبد ليس من اهل القتال والدليل
على انه من توابع القتال ان الاصل كان ان لا يشرع الامان
وذلك لان الله تعالى شرع القتال قصدا لاستئصال
الكفار ومحقهم والامان ترك القتال وهو على ضده
والشرع لا يشرع الشيء وضده وانما شرع الامان
لان فيه تتمة القتال لانا اذا امنا قوما صاروا لنا
اعيانا او جواسيس يطلعونا على عورات الكفار فيتوصل
الى مقاتلتهم ومكايدتهم او يؤمن معقله او حصنا ليتجاوزهم
الى من وراءهم ممن هو اكثر منهم عددا او في جنبة اصلح
والجواب عن المأخذ الثاني من وجهين احدها
انا لا نسلم ان العبد ليس من اهل القتال بل هو
من اهل القتال فان الامان امر بالمعروف ونهي عن المنكر

ودعا الى طاعة الله وهو من اهل ذلك نعم ليس له ان
يقف في الصف مجاهدا مع المسلمين لا لانه ليس
من اهله لكن لتعلق حق السيد بعينه وحق السيد
فرض عين في الجهاد فرض كفاية فيقدم حقا فرضا على فرض
كما تقدم حق الزوج على حق المراة في البروز والخروج
وتلزمها قعر بيتها فكان المنع لاجل حق تعلق به ولهذا
اذا اذن له السيد ملك القتال والاذن لا يصير
غير الاهل اهلا بدليل الصبي والمجنون فانه لو اذن لهما
الولي لم يصلح لنا ان يكونا من اهله والذي يدل
على كونه من اهل القتال امر قاطع وهو انه لو ارتد
وجب قتله باتفاق المسلمين انما يقتل عندهم بالكفر
من هو من اهل القتال ولهذا لم يقتلوا المراة اذا ارتدت
لانها ليست من اهل القتال ولهذا لم يقتلوا المراة
اذا ارتدت لانها ليست من اهل القتال الوجه
الثاني ان ذلك يبطل بالمراة فانها لا تملك القتال

وتمالك الاثمان فان قلتم المراه من اهل القتال بمالها
فان لها ان تجهز جيشا للحرب والجهاد تاره يكون
بالمال وتاره يكون بالنفس قلنا يبطل الى هرم العشى فانه
لا مال لها ما انه يصح اما بنا فان قلتم هي بعرض ان تكون
من الاقلنا والعبد تعرض ان يوذن له او يعتق وبقي العام
فانه يجب عليه القتال القتال

مسايل الحدود

مسئله الاسلام لا يعتبر شرطا في احصان الزنا عندنا
فاليهودي والنصراني اذا زنى وهو حر مكلف رجم فشرايط
احصان الرجم عندنا اربعه البلوغ والعقل والحريه والوطي
في نكاح صحيح بعد وجود هذه الثلاثه وقال ابو حنيفه
رحمه الله الاسلام شرط في احصان الرجم فان كان كافرا
لم يحصنا حالا وكذا المسلم اذا وطي الكافره فانهما لا احصان
واعلم ان اثبات مثل هذه الشرايط ونفيها لا تهتدي اليه
القياس وانما يتلقى من مثل هذه الشرايط ونفيها لا تهتدي
اليه القياس وانما يتلقى من التوقيف ولم نعول الشافعي

في ذلك الا على النص وهذا ما رواه ابو علي الترمذي
في جامعه باسناده عن مالك بن انس عن نافع عن
ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم يهوديا
ويهوديه زنيا وما خذ نظرابي حنيفه في اعتقاد
الاسلام شرطا في اعتقاده ان الكفار غير مخاطبين بفروع
الاسلام وقد دللنا على بطلان ذلك في مسئله جحود
اهل الذمه بما اغنى عن اعادته غير انهم اوردوا
على الحديث سوالين احدهما قولهم انه رجمها
صلى الله عليه وسلم بحكم التوراه لا بحكم الاسلام بدليل
انه دخل بيت مدارس اليهود واستحضر التوريه وجعل
ابن صوريا يقرا فوضع يده على ايه الرجم فقال عبد الله
بن سلام مره يا رسول الله ان يرفع يده فوضع يده فاذا
ايه الرجم تلوح فقال صلى الله عليه وسلم انا احق من احيا
سنه اماتوها والـــ من اشرك بالله فليس بمحصن
والجواب عن الاول ان نقول لم فعله

رسول الله صلى الله عليه وسلم هل كان له وجار في شرعه
ام لا ان قلتم فعل ما ليس له فعله ولا هو شرعه فنعوذ
بالله من هذا الكلام فانه نسبة للانبيا الى ارتكاب الكباير
واراقة دم امري معصوم سيما على اصلكم عصمة الذمي
كعصمة المسلم وقد اجمع المسلمون على ان الانبيا معصومون
عن الكباير وان قلتم فعل ما له فعله وهو جايز
في شرعه قلنا فيه اسوة حسنة واما دخوله بيت مدارس
اليهود واحضار التورية فانما كان ليبين لعامة اليهود
تحاري احبارهم وكذبهم على الله وتحريفهم الكلم
عن مواضعه وانهم غيروا وبدلوا وكتموا بشارة بعثته
واعلام نبوته التي نطقت بها كتبهم قال الله الذين
اتيناهم الكتاب يعرفونه كما يعرفون ابناهم وان فريقا
منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون الحق من ربك فلا تكون
من الممترين فتبين ان هذا مما حرفوا وحرموا اسمه
وعينوه واما الحديث فقد قال الدارقطني هو

موقوف على ابن عمر رضي الله عنه وعلى التسليم فهو محمول لان
الاحصان يطلق ويراد به العفة ويطلق على احصان
الرجم ولا يترك الحديث النص بلفظ عام او محمل نقل
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مسئلة لا يعتبر
التكرار في الاقرار بالزنا عندنا وقال ابو حنيفة
رحمه الله يعتبر اربعة اقارير في اربعة مجالس ومآخذ
النظر من جانبنا القياس الجلي وهو اوضح من فلق الصبح
وذلك ان اقراره مرة واحدة يغلب على الظن
صدقه وتكراره لا يتعدى قائله ولا يزيد ناقله
ولا يقطع تهمته بل المرة الثانية والثالثة والرابعة
كالاولى لانها من شخص واحد فلو كررها مية مرة كان
كالاول واحد فلا يحصل لنا غير ما عرفناه بالمرة
الاولة فهو بمنزلة الشاهد الواحد اذا قال عند
الحاكم اشهد فاشهد ما به مرة كان الاشهاده
واحدة نعم اذا شهد واحد وواحد وكثر عددهم

اقاد ذلك فانه وزاد عليه ظن لا يحصل بالاول فان
قالوا فانه التكرار تنفي شوائب الاحتمال فان الرجل
قد يكون مجازفا متماجنا ليس على ثقة مما اقر به فاذا
كرر عليه وصمم على شيء واحد واصر عليه عرفنا
انه على ثقة من نفسه عارف بما دخل فيه قلنا هذا
غير صحيح لانا لسنا نقبل اقراره مرة واحدة حتى
نستوصف منه حاله ونكشف عن باطن امره ونسأله
عن سر القصة فان الحاكم يقول له لعلك لمست
لعلك صاحبت ولا يكتفي منه بعبارة محتملة حتى
لو قال جامعت لا يكتفي دون ان يأتي بالكاف والنون
ويقول غاب ذلك مني في ذلك منها كغيبوبة المرود
في المكحلة والرشا في البير ومع هذا الاستكشاف
والاستيضاح لا يبقى مجال الاحتمال فان
قالوا فهذه الواقعة قد تميزت من سائر الوقائع
بزيادة شاهدين فينبغي ان تتميز في الاقرار ايضا

لانه احد الحجتين قلنا لو تصور في الاقرار زيادة على
ما حصل في المرة الاولى سلمنا لكم المسئلة لكن قد بينا
انه لا يمكن ان يقال في التكرار زيادة على ما بيناه بخلاف
الشهادة ثم دليل الفرق بين الحجتين امران احدهما
انكم اعتبرتم في الاقرار اربعة اقارير في اربع مجالس
وفي الشهادة اعتبرتم ان تكون متفقة في مجلس واحد
الثاني ما ذكره الحليمي وذلك انه قال ابو حنيفة يعتبر
بطريق الاقرار على الشهادة فاعتبر اربعة اقارير
بازاء اربع شهود وهذا لا نظير له في الشرع كل اقرار
بازاء شاهدين فكان ينبغي ان لا يقبل في سائر الحقوق
الا اقرارين لانها تثبت بشاهدين فلما ثبت باقرار دل
ان كل اقرار بازاء شاهدين وهو ما نص عليه ابو حنيفة رحمه الله
في هذه المسئلة انه لو شهد اربع شهود على رجل بالزنا فاقر
مرة واحدة بطلت شهادة الشهود ولا يثبت الزنا وان
كذبهم ثبت الزنا ووجب الحد اما الخصم فلا ماخذ

كذا في هذه المسألة سوى حديث ماعز وذلك
ما روي ان ماعز بن مالك جاء الى النبي فقال يا رسول الله
زنيت فطهرني الى ان قال ذلك اربع مرات فلما قالها
مرات قال له النبي صلى الله عليه وسلم الآن اقررت اربع
اربعا فمن فذكر جارية زنا بها وهذا نص والجواب
عن هذا الاستدلال من وجوه احدها ان الحديث
لم يصح على الوجه الذي رووه بل الصحيح ما روى
ابو داود في سننه ان ماعزا اتى النبي صلى الله عليه
وسلم يا رسول الله طهرني ولم يرد على ذلك وانما قال
الراوي اربعة انا زنيت فطهرني الثاني ان صح على الوجه
الذي رووه فالنبي صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك لانه
استراب بحاله لانه دخل عليه ... الاسر شعث اغبر
ليس على النعت المرضي لا عليه وقار ... بل هو كالواله
فلما راه رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك انكر حاله
وقال استنكهوه فاستنكهوه فلم يروا به اثر خمر

ثم قال ابك خبل ابك جنة وبعث الى اهله فقال هل
تنكرون من حاله شيئا فقالوا لا ثم استكشف عن باطن امره
فقال تدري ما الزنا لعلك قبلت لعلك لمست حتى
قال غاب ذلك منك في ذلك منها كما المرود في المكحلة
والرشا في البير فقال نعم ولم يقتنع بذلك حتى صرح بالكاف
والنون دل ذلك انما كان استرابه بحاله لا ان تكرر الاقرار بر
شرط وان الاربع حد محدود الثالث معارضة ذلك
الحديث الحاصل للناس وهو ما روي ان امراة من غامد
اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله طهر ني
فقال توبي الى ربك واستغفري لذنبك فقالت
يا رسول الله اريد ان تردني كما رددت ماعزا وما
ذاك فقالت اني حامل من زنا فقال وقد زنيت
قالت نعم قال اذا لا ارجمك حتى تضعي ولدك فلما
وضعته جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسو ل
الله قد وضعته قال اذا لا ارجمك ولا ارضع لولدك

فقال رجل من الانصار يا رسول الله انها قتلت ولدها فغضب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وامر برجمها وهذا نص فيما
ذكرناه فانها اعترفت بالزنا مرة واحدة وانما كان التردد
لاجل ولدها **مسألة** للسيد اقامة الحد واشتراط
العدالة والذكورة وجهان بحل القطع عندنا ما اذا
كان الحد جلدا او ثبت الزنا بالاقرار وفي كان المولى
رجلا عدلا عالما بالاقامة واعلم ان الحق هذه المسألة
من القياس عسير من جانبنا فان الحدود لله فلا يستوفيها
الا النائب والماذون له والفاحشة لا تعلق لها
بالملك ولا يعود اليهم فلا يملك اقامة الحد عليه
بذلك والاذن يتلقى من التوقيف وعليه عول الشافعي
اذا استدل بحديثين مرويين في الصحاح احدهما ما اخرجه
مسلم في صحيحه والترمذي في جامعه باسناده عن الاعمش
عن ابي صالح عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم اذا زنت امة احدكم فليجلدها فاذا زنت فليجلدها

فاذا زنت فليبيعها ولو بضفير قال الترمذي هذا حديث
صحيح الحديث الثاني قوله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود
على ما ملكت ايمانكم والحديثان صريحان في استنابة السا
لاستيفا هذا الحق فان قالوا فانتم قد خالفتم الاحاد
فان ظاهر الامر للايجاب ولا خلاف انه لو اقام الامام
جاز ولم يعترض به السيد قلنا لان الامر في مثل هذا المقام
للاذن والاستنابة به والامام نايب بما دل على نيابته
والسيد ايضا نايب بحكم هذا الحديث فهما نايبان
والامر في محل الحظر ومظنة التحريم قد يحمل على الاول
والاباحة كما في قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وكقول المالك لعبده بع مالي اي ثبتت لك الولاية به
فهو صريح في اصل الاذن صيغته الوجوب وهو به
للاباحة فان عارضوا بقوله عليه السلام اربعة الى
الولاة الخراج والحدود والجمعة والصدقات قلنا لم يثبت
ذلك بل هو من كلام ابن عمر وابن مسعود ولا حجة في قول

احاد الصحابه على ما علم من اصلنا فلا كلام عليه وان قدر
ثبوته فلا يتعلق فيه لانه دل على انه الى الامام اقامه الحد
ونحن نقول به ونجمع بينهما فان السيد اذا امتنع عن اقامه
الحد او اعرض عنه كان للامام ان يقيمه هذا مسند
المذهب اما طريق القياس في المسئله فقد استقصيناه
في التعليق الموسوم بدرر الغرر فليطلب منه

مسئله

اللواط يوجب الحد عندنا خلافا لابي حنيفه فانه
قال يعزر ولا حد عليه ثم في حده قولان احدهما وهو
المشهور انه يجب فيه ما يجب في الزنا والثاني انه يجب
فيه قتل الفاعل والمفعول به فكيف يقتل فيه وجهان
احدهما انه يقتل بالسيف والثاني انه يرجم ثيبا
كان او بكرا وهو قول مالك واحمد ومأخذ النظر
تنقيح مناط الحكم في حد الزنا فانا نقول
اللواط ان لم يكن زنا فهو في معنى الزنا لان الزنا له صوره
ومعنى فصورته ايلاج فرج في فرج مشتهيا طبعا

محرم شرعا ومعناه قضاء الشهوه في محل لا ولاية له عليه
وهذا المعنى موجود في اللواط حسب وجوده في الزنا
بل ابلغ لانه لا يستباح بحال بخلاف الاتيان في القبل
فانه يستباح بالنكاح والشرى وغير ذلك فان لم يزد
عليه في الاقتضا فلا اقل من ان يساويه وزعمت
الحنفيه ان في خصوص الزنا معنى لا يوجد في اللواط
وذلك من وجهين احدهما ان الزنا اكثر مفسده من
اللواط لافضائه الى اختلاط المياه واشتباه الانساب
وتضييع الاولاد في الغالب بخلاف اللواط الثاني ان
الزنا اغلب وقوعا لوجود الداعي من الجانبين بخلاف اللواط
والجواب عن الاول ان ذلك يبطل بالزنا بالصغيره
والعقيمه والايسه فانه يوجب الحد مع انتفاء ما
ذكروه وعن الثاني انه يبطل بالزنا بالام والبنت والاخت
فانه يوجب الحد مع كونه في غاية الندور لقصور الدواعي
ثم هو ملغى بالاكل والشرب في نهار رمضان فانهم سووا بينهم

بينه وبين الجماع مع ان الداعي في الجماع من الجانبين وفي الاصل
من الاصل خاصه مسئله المراه العاقله البالغه اذا
مكنت صبيا او مجنونا فوطيها يجب عليها الحد عندنا
وعندهم لا يجب ولا خلاف في عكسه وهو ما اذا زني
عاقل بالغ بصبيه او مجنونه وللمسئله ماخذان احدهما
ان فعل المجنون زني عندنا وهم ينازعون فيه الثاني
ان اسم الزنا حقيقه من الزاني والزانيه كما دل
عليه النص وعندهم هو حقيقه من الرجل ومجاز في المراه
ولنبدا من تقرير الماخذ الثاني فنقول الدليل على كون
المراه زانيه حقيقه المعقول والمشروع والاطلاق
اما المعقول فهو ان نقول ان كان الرجل فاعلا للزنا
لانه متحرك فالمراه ايضا فاعله لانها ساكنه اذ السكون
فعل كما ان الحركه فعل فان الاكوان منقسمه الى حركه وسكون
واجتماع وافتراق والسكون من قبيل الافعال
الداخله تحت القدره والاختيار كالحركه وبدل

عليه نزول المراه من علي الرجل واشتد حالها اليه
فان المراه هاهنا هي المتحركه والرجل ساكن ومع ذلك
يجب عليه الحد فدل انه لا نظر الى ما ذكروه فان الحركه
شيان في كونهما فعلا واما المشروع فهو ان الصايد
متهاون لدفع الواجب وترك الدفع فعل بدليل
صحه التكليف به فانه مكلف بالترك في
باب الصوم ويقتل بترك الصلاه واما الاطلاق
فهو ان الله تعالى سماها زانيه وبدا بها والاسم حقيقته
الى ان يقوم دليل المجاز ونظيره قوله تعالى السارق
والسارقه سوى بينهما اثما واجلا فان قيل ان الزنا صفه
الفعل والمراه محل الفعل فهي مفعول بها كالمضروب
مع الضارب وكذا سميت موطوه والرجل واطيا ولو اشتق يا
في المسمى لا يشتق يا في الاسم والذي يقتضيه قياس
القواعد ومنهاج الاصول لا يجب عليها الحد وان
كان شريكها عاقلا عيرانا او جنباه لكونها ملتمس

وفيما خص فيه لم يكن من زنى لان فعل المجنون ليس
بزنا بدليل ثبوت النسب ووجوب العدة ٥
والجواب نقول قد دللنا على كون المراه
فاعله كالرجل بما اوضحناه من الدلايل واما تسميه
الرجل واطيا والمراه بجانبها بحسن ولانه المقدم
عليه والمبادر اليه في العاده والمراه يحابها بحسن فعلها
التمكين ثم نقول تسميه الرجل واطيا انما كان على
طريق المجاز لان حقيقه الوطي في اللغه هو الدوس
بالقدم لكن لما كان الرجل كانه يدوس والمراه كانها
ارض له لاضافته اليه اطلق عليهما واطي موطوء مجازا
ولهذا ينبني رايته على الاطلاق فلو كان موطوء مفعوله
حقيقه لما اطلق عليها اسم الفاعل لهذا لا يسمى المكسور
كاسرا وقولهم ان فعل المجنون بزنا ممنوع وسابه هو
ان جهه كون الوطي زنا في الاصل ما ينطوي عليه من
الفساد بطريق خلط المياه وبطلان التعارف في

الانساب والعار والشنار وهذا كله موجود في الوطي
الصادر من المجنون فكان زنا وانما سقطت المواخذه عن
المجنون لجهله ولا يبطل بذلك حقيقه الفعل وصار
كما لو قتل المجنون شخصا معصوما عامدا او زاهلا فانه لا يقال
ان هذا الفعل ليس بقبيح بل هو قبيح في نفسه وان سقطت
المواخذه عنه فان قالوا هذا الفعل لا حد عليه فلا يكون
زنا قلنا الافعال المحرمه شرعا لم تصح الى امر يعود الى
فاعلها فان القتل قبح لكونه تفويت روح شخص محرم
والزنا قبح لافضايه الى فساد الفرش والنسل ولكونه
قضا شهوه الفرج من غير عقد ولا شبهه زاد او جبت
هذه الحقيقه ممن وجدت لا تكون قاصره لخروجه
من ان تكون من اهل العقوبه لا تخل بحقيقه الفعل
كمن قتل ومات فانه لا يمكن عقوبته ولا حد عليه ثم
لا يقال انما وجد منه الفعل الحرام الصحيح ثم يلزمهم على ما
ذكروه احكام منها الاصل الذي ذكرناه وهو ما الدارابي

عاقل الى الصبي او مجنونه فان الحد يجب عليه دونها
ومنها تمكينها من مستأمن او حربي فانه يوجب
الحد عليها والحد عليه مسئلة اذا ورد العقد على
محرم من محارمه كالام والبنت وزوجة الاب
وكل محرم عليه ووطيها عالما يلزمه الحد عندنا
وعندهم لا يلزمه وكذا الخلاف فيما اذا استاجر
امراه ليزني بها وفيما اذا نكح مجوسيه او وثنيه
او اخته من الرضاع او معتده فان وجود العقد
عندنا كعدمه ومأخذ النظر ان المجوسيه عند
نا في محليه النكاح من كل وجه وعندهم لا ينافيها
من وجه وذلك انهم زعموا ان الام محل للنكاح في
الجمله فكانت محلا في حق الابن من وجه قالوا وهذا
لان محليه النكاح ثبتت بامرين احدهما كونها انثى
من بنات ادم الثاني كونها حلالا شرعا فاذا انعدم احد الوصفين
الى الاخر ثبت المحليه من كل وجه والمنافيه

في حق الام احد الوصفين الى الاخر ثبت
المحليه من كل وجه والمنافيه في حق الام احد
الوصفين وهو الحل فبقي الوصف الاخر وهو
كونها انثى مشتغله للحرث والنسل الذي هو اصل
في هذا الباب فكانت المحليه موجوده في حق الابن
من وجه دون وجه فاورث ذلك شبهه وصار
بمنزله النكاح بلا ولي ولا شهود ونحن نقول
هذا فاسد لان كون المحل محلا انما يعرف بالشرع
لا حسا والام في حق الابن ليست محلا فصار
العقد عليها كلا عقد ولئن قالوا المحليه لا يختلف
قلنا ممنوع الا ترى انها محل الحل والملك في حق
الاجنبي وليست محلا لهما في حق الابن وربما
زعموا ان صوره العقد شبهه من حيث انه شابه العقد
الصحيح والشبهه ماخوذه من المشابهه وقيام
الشي بصورته ومعناه فكان صوره العقد سببا

من المسح وان لم يبح كما لو ملك جزوا من مايه جزو
من جاريه ووطيها فلا حد عليه لقيام المسح **والجواب**
لقول المشابهه انما يعتبر وتورث شبهه اذا وجدت
في محل قابل وقد بينا انها ليست بمحل ثم يلزمه ما
ذكره انتفا الحد في الزنا والسرقه فان الزنا شابه
الوطي الحلال ولا حد في السرقه شابه الاخذ بجهه
العقود ولا قايل به وكان الشيخ ابو محمد يقول هذا
الوطي باسم النكاح اعظم في الهتك وابلغ في الفاحشه
من الزنا لانه من غير عقد وذاك ان الزاني معترف
بانه مرتكب لكبيره متفاحشه فحسب وهذا الذي
عقد ووطي فقد ارتكب الكبيره واستهزا بالشرع
فانه يزعم انه عقد على امر الله ورسوله من النكاح
ثم وطي فان قالوا نقيس على ما اذا اشترى اخته
من الرضاع او امه مجوسيه او غيرها من الصور
التي ذكرناها فنمنع على احد القولين نقول نجب

الحد وعلى التسليم نقول هناك ملك البضع بملك الرقبه
ولهذا لو وطيت بشبهه كان المهر له وكذلك يملك تزويجها
وفي مسالتنا لا يملك البضع وافترقا **مسايل السرقه**
مساله يجب القطع بسرقه ما اصله على الاباحه
اذا كان مملوكا وقال ابو حنيفه لا يجب القطع بسرقه
ما اصله مباح في دار الاسلام كالصيود والطيور والسمك
والخشب الا الساج والابنوس والصندل والعود
والقنا ان كان معمولا ولا في الطين وما عمل منه والزجاج
وما عمل منه وما يستخرج من المعادن كالنفط والمومياي
الا فصوص الزمرد والياقوت والجواهر فان فيها
القطع ومأخذ النظر استصحاب حكم العموم وفي
قوله تعالى والسارق والسارقه فاقطعوا ايديهما فان
عمومها يقتضي ايجاب القطع في كل ما يسمى اخذه سارقا
ولكن يطلق عليه اسم السارق مقطوع الا ما استثناه
الدليل والحنفيه تدعي قيام شبهه مخصصه للعموم

الناس صح وهو قوله عليه السلام شركا في ثلثه الماء والنار والكلا
فان ظاهره يقتضي الشركه في جميع الاحوال لكن
ما جاره احتضنه قوم من مجرد اسم الشركه شبهه
في اسقاط الحد فصار كقوله عليه السلام انت ومالك
لابيك اضافه الى الاب فلما لم يحصل حقيقه الملك بهذه
الاضافه انتصب ذلك شبهه حتى انه لا يحد اذا وطي
جاريه ابنه ولا يقطع بسرقه ماله كذلك هاهنا من الاموال
التي اصلها على الاباحه **والجواب** نقول اما الاشيا
الثلاثه فلا تحقق لكم الكلام الا في كل واحد منها لان
النار لا تسرق والماء لا يملك عندنا على حال وحمين عن الكلا
معلول ما بعد الاحراز غير مراد بالحديث بدليل انتفا الشركه
اجماعا وما ليس مرادا بالحديث هو كما لم يرد الحديث فيه
فلا معنى للفظ شبهه فيما علم قطعا انه لم يرد فيه على انا نقول
المراد بهذا الحمى وفايدته منع ملوك العرب من الحمى
فانهم كان عادتهم ان يحمون قطعه من الارض ويجعلونها

حماير وزرائب يحصون بها ماشيتهم والشرع نهاهم
عن التخصيص بذلك وقال الناس شركا في ثلثه وقال
لا حمى الا لله ولرسوله وروي لائمه المسلمين فهذا هو
المقصود بالحديث لا ما توهموه واما سقوط الحد عن
الاب لم يكن باعتبار ما ذكروه من الاضافه بدليل انه
لو زنى ببنته اوجب عليه الحد بلا خلاف وانما سقط
باعتبار انه ممن يجب عليه اعفافه ونفقته وسقط عنه
القصاص لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد والد بولده
فان قيل العموم اذا عارضه معنى قوي منه جاز تخصيصه
اجماعا ومعنى معنا يعارض ما ذكرتموه من العموم يقتضي
اسقاط القطع وهو ان هذه الاشيا ان اصلها على الاباحه
وانما الملك والاختصاص طرى عليها فقد اجتمع فيها
ما يسقط القطع وما يوجب القطع فعلينا الاسقاط
على الايجاب لقوله عليه السلام ادروا الحدود بالشبهات
فلما سقط في الساج والابنوس والذهب والفضه

والفيروزج واليواقيت فانها باعتبار الاصل مباحة والاختصاص
والملك طرى عليها والقطع يتعلق بها اجماعا ثم نقول العبرة
بالحال وهذه الاموال محرزة مصونة في الحال يتصرف بها المالك
ويشح عليها ويتنجز عليها ولا عبرة بما كان ولان قال الشافعي نعلم
انه لو كان له ملك حقيقي في عين فباعها وزال ملكه عنها
ثم انه سرقها وجب القطع عليه واذا كان الملك الحقيقي
الذي كان لم يحصل زواله بعد لونه شبهة فحق الملك اولى
ان لا يحصل شبهة بعد زواله **مسئلة** يجب القطع
بسرقة الفواكه والاشيا الرطبة التي يتسارع اليها الفساد
كالفواكه والطبايخ والفواكه والاشيا الرطبة التي
يتسارع اليها الفساد والمايعات وقال ابو حنيفة
رحمه الله لا يجب القطع بسرقة شي من ذلك ثم لم
يقتصر عليه بل عداه الى ما لا يتسارع اليه كالخل والدهن
والادوية المشتد ومآخذ النظر من جانبنا ما اسلفناه
في المسئلة السالفة ومن جانب الخصم ادعا شبهة

باعتبار نقصان مالية هذه الاشيا من حيث انها وان
كانت مالا في الحال لكنها ليست مالا في ثاني الحال فقيام
الرطوبة المفضية بها هي في حكم السابق لانعقاد سبب
الهلاك فيه وانها الا ترى ان المريض لما انعقد سبب هلاكه
عد هالكا **والجواب** عن هذا ان يقول الاعتبار
بالحال التي وردت السرقة عليها وهي في الحال اموال نفيسة
متقومة توقع فسادها وتلفها في ثاني الحال لا يقتضي سقوط
القطع في هذا الحال بدليل انه ما من مال في الدنيا ولا شي
الا مصيره الى النفاد والزوال قال الله تعالى كل شي
هالك الا وجهه ثم نقول كونه مما يفسد امر يختلف
ولا ينضبط فانه يختلف باختلاف البقاع والطباع
والازمنة والاهوية فاخذ البقا يختلف من الاشيا
ثم يستوي الجميع في تعلق القطع بسرقتها فان من الحديد
والذهب والفضة ابقى من الزجاج والخزف على مر
الدهور ثم هما شيان في القطع ثم هو باطل بالطول

والاذهان والعسل فانها باقيه على مر الدهور ثم قالوا
لا يتعلق القطع بسرقتها وربما تمسكوا بقول رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر جمار النخل وقيل طلعها
وعللوا بالرطوبه وعدوها الى غيرها **والجواب**
من وجهين احدهما انها معارضه بقوله صلى الله عليه وسلم
لا قطع في شي من الثمار الا ما اواه الجرين وهذا الحديث خاص
مقيد وحديثهم عام مطلق والخاص ابدا يقضي على العام والمقيد
يحكم على المطلق الثاني ان حديثهم ورد على عاده اهل المدينه
فان نخلهم كانت غير محرزه وبساتينهم غير محوطه بالحيطان
والمراقبين وعندنا اذا لم تكن الثمار محرزه بابوابها او ان
الى الجرين او غيره لا يجب القطع وحمله على هذا متعين جمعا
بين الحديثين لانه اولى من تعطيل احدهما **مسئله**
هبه المسروق من السارق بعد قضا القاضي لا يسقط
القطع عنه وقال ابو حنيفه يسقط وانما فيما
اذا كانت الهبه قبل قضا القاضي وجهان وما خذ

النظر ان الخصومه عندهم شرط الاستيفا القطع فاذا
لم توجد الخصومه والمطالبه لا يستوفي القطع قالوا والدليل
على اشتراط الخصومه هو ان الجنايه وردت على عصمه
مال الادمي وملكه فلا بد من مطالبته لتعلق حقه
به ولهذا لو اباحه الغير واذن له في اخذها لا قطع فدل
ان القطع يعود الى حقه فيتوقف على مطالبته بخلاف
الزنا فانه لا يعود الى حقه فيتوقف على مطالبته بخلاف
ولهذا لو اباحه او اذن له في ذلك لا يسقط الحد لكونه خالص
حق الله تعالى ونحن تاره لا نسلم اشتراط الخصومه والمطالبه
لاستيفا القطع كان من اصحابنا من قال لو اقر السارق
عند الامام بسرقه مال معصوم من حرز مثله لا شبهه
له فيه قطع وان كان المالك غايبا وان سلمنا فيقول
انما وقف الاستيفا على مطالبته حتى تزول الشبهه
وينتفي الاحتمال ويكشف حقيقه الحال فانه ربما
اقر له بالملك او ادعى شبهه تقتضي الاسقاط فاما

بعد حكم الحاكم بالقطع وانتفا الشبهة وحضور المالك
فلم يثبت ما يتوهم به الاسقاط والملك فقد طرى بعد هذه
الاحوال كلها ووزانه ما اذا باع امة ثم اشتراها او وهبه ثم تزوجها
فان الحد لا يسقط بطريان هذا الملك كذلك في مسئلتنا واذا
بطل ما تخيلوه ما خذا طردنا مقتضى العموم والقياس الجلي
على ما سبق على المسايل السالفة ولنا في المسئلة حديث
صحيح صريح وهو ما روي ان صفوان هاجر الى المدينة
فدخل مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم فتوسد رداه
فنام فجا سارق فسرقه وطرد به صفوان فقال يا رسول الله
قد وهبته منه فقال هلا قبل ان تأتيني به فلم يسقط القطع بالهبة
وهذا نص **مسئلة** القطع والغرم يجتمعان حكما لسرقة
واحدة وجوبا واستيفا عندنا وقال ابو حنيفة
رحمه الله لا يجتمع من قطع وغرم فان طالب بالغرم والزمه
اياه لم يقطع وان قطعه قبل ان غرم سقط الغرم ولا فرق
عنده بين تلف المال بنفسه وبين ان يتلف باتلاف السارق

قبل القطع او بعده ولا خلاف في وجوب رد العين ان كانت
باقية وما خذ النظر من جانبنا ان سلب القطع والغرم عندنا
منفصلة من حيث ان تعدد السبب كما يتلقى من تعدد الجهات
لفعل واحد فيترتب عليه باعتبار كل جهة حكم فكان في
معنى فعلين كالمصلي في الدار المغصوبة وقتل العبد المملوك
في حق المحرم فانه فعل واحد يوجب الجزا حقا لله والضمان
حقا للادمي كذلك السرقة فعل واحد فلحق المالك
يوجب الضمان ولحق الله تعالى يجب القطع ومعنى
حق الله تعالى فيه جناية السارق على عرض نفسه وتطهيره
يد له بالسرقة فان الانسان باعتبار انه يموت
ويحيا نفس وباعتبار انه يمدح ويذم عرض وفي النفس
حق الله تعالى بالاطلاق فوجب القطع جزا على مخالفة
امر الله تعالى زجرا على الاخلال بتعظيم امره ونهيه
والغرم لحق الادمي وقد اختلف الضمان محلا وحكما
واستحقاقا اما محلا فظاهرا فان محل القطع اليد ومحل

ومحل الضمان الذمة واما حكمه فان القطع شرع ردعا وزجرا
عن معاوضة مثل هذه الجريمة في مستقبل الزمان والضمان
وجب جبرا لتفويت الحق على مستحقه واما استحقاقا
فان مستحق القطع هو الله تعالى ومستحق الغرم هو الادمي
اما الحنفية فلهم ثلثة ماخذ احدها قولهم العلة الواحدة
لا يجوز ان يوجب حكمين متضادين كالعلة القطعية فانها لا
توجب حكمين قالوا والعلة هاهنا واحدة وهي سرقة هذه
العين فلا توجد حكمين ضدين احدهما ينسقط بالشبهة
وهو القطع والاخذ يثبت مع الشبهة وهو الضمان
والجواب عن هذا من وجهين احدهما منع تضاد الحكمين
على ما بيناه في تحرير ماخذنا الثاني وان سلمنا التضاد ولكن
نقول الفعل الواحد لا يجوز ان يكون موجبا حكمين متضادين
بجهة واحدة ام بجهتين الاول مسلم والثاني ممنوع
وبيانه الصلوة الصلوة في الدار المغصوبة فانها طاعة
من وجه معصية من وجه الى نظائر لا تحصى وبذلك

ويدل عليه ما لو سقطت يده بآفة سماوية فان الضمان
يجب اجماعا ولو لا كون السبب موجبا للضمان لاستحال
ايجابه بعد سقوط اليد وهذا السر وهو ان علل الشرع امارات
وعلامات والامارة الواحدة يجوز ان تجعل علما على اشيا
كثيرة كالوطي في نهار رمضان بصفة الحظر فانه يوجب
الحد والقضا والكفارة وليس في ذلك تناقض شرعي ولا عقلي
الماخذ الثاني قولهم التضمين يوجب التمليك واذا ملك
العين بالقيمة فالملك عندنا يستند الى حالة السرقة اعني
حالة قبض العين ولو شرعنا القطع ايضا لقطعنا بسبب اخذ
ملكه وهو محال قرروا هذا ان الضمان وجب بدلا عن
العين المسروقة ومن ضرورة ملك المالك الضمان
زوال ملكه عن المملوك لاستحالة اجتماع البدل
والمبدول في حق شخص واحد فعند هذا يقع الملك في
المضمون سابقا على ملك الضمان وانما مقتضى له وان
تقدم عليه كما في قوله اعتق عبدك عني على الف فقال

اعتقت فانه يتضمن ملكا سابقا على العتق يبنى عليه صحه
العتق ثم يقع مقتضى له سابقا عليه كذلك هاهنا والجواب
نقول هذا امر يبتنيه على اصول يعدون بها وهي فاسده عندنا
منها قولكم التضمين يوجب التمليك وقد دللنا على فساده
في كتاب الغصب ومنها ان طريان الملك يقتضي اسقاط
القطع وقد بينا وجه فساده في تلك المسله ولين سلمنا
نحن انا نقول ان الملك الطاري يسقط القطع اذ هو
عندنا ليس بطاري انما نقول يستند الملك الى حاله
السرقه ليمكن تمليك الضمان للمالك قلنا القول بالاستناد
ايضا محال لانه اصل فاسد اذ الملك يثبت بعد الضمان
والعين قد تلفت فكيف يثبت الملك فيها مستندا ام هو
باطل بملك ام الولد فانه اذا غصبها ثم قيمتها ولا يملك
اجماعا الماخذ الثالث قاله القاضي ابو زيد قال لا خلاف
ان القطع وجب حقا لله تعالى ومن ضروره ايجاب
القطع انتفا وجوب الضمان لكون القطع محض حقا

لله تعالى ولن يتصور ايجابه حقا لله تعالى الا بالاحاله على حق
الله لان تفويت حق مستحق لا يوجب ضمان حرا وجبر
لمستحق اخر ومن ضروره ايجاب القطع حقا لله تعالى
انتقال عصمه المال الى الله تعالى في حاله السرقه بالطف
زمان انتقالا مقدرا كما في قوله اعتق عبدك عني بالف
فبعد ذلك لا يبقى المال معصوما للادمي ولا متقوما على حقه
فلا يجب ضمانه قالوا وهذا المعنى قلنا اذا اتلفه بعد القطع
لا ضمان عليه قالوا ولا يقال على هذا بان عصمه التاثيم لله
تعالى وعصمه التقوم للادمي ~~لانا نقول على هذا بان~~ لانا نقول
التاثيم في باب الاموال ليس ثابتا بطريق الاحاله اذ ليس
في المال معنى يوجب تحريمه وانما هي تابعه لعصمه التقوم
تاكيدا والتابع لا يمكن افراده في الاثبات نعم يجوز نفي
التابع لضروره مع بقا الاصل كما نفيناها في صوره الحصد
وحاله الصيال فان الاثم منتفي والضمان واجب
والجواب نقول دعوى انتقال العصمه الى الله

الله تعالى بحال لوجهين احدهما ان اسباب العصمه باشرها
قايمه من الاسلام والحريه وساير الشرايط فيستحيل
زوالها مع بقاء موجبها من غير جريمه تستحق بها الزوال
قولهم ان القطع في مقابله العصمه لله قلنا مسلم لكن القطع
في مقابله عصمه مطلقه عايده الى الخلق لا في مقابله العصمه
الخاصه التي لزيد وعمرو بل عصمه الادمي العايد الى
حقه على الخصوص باقيه وهي التي يقتضي ايجاب الضمان
جبر الحقه والقطع وجب لعصمه الاموال على العموم
والاطلاق وهذا من جمله ذلك العموم الثاني ان عصمه
المحل لو بطلت لكان سبيل اذا اتلفه متلف اخر لا يجب
عليه الضمان فان عصمه المحل لو بطلت لكان ينبغي
اذا اتلفه متلف اخر لا يجب عليه الضمان فان
عصمه المحل واحده فاذا انتقلت منه بطلت وزالت
ولا يختلف بالنسب والاضافات مسله النباش
يقطع بما يأخذ الكفن واخراجه من القبر عندنا

وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يقطع وللمسله ثلثه صور
الاولى ان يكون القبر في مفازه لا يطرقها الناس فلا يجب
القطع في هذه الصوره عندنا على الصحيح من المذهب
وفيه وجه انه يجب الثانيه ان يكون القبر في بعض اطراف
البلد في المقابر المعتاده فعندنا ان كان النبش بالنهار
وجب القطع وان كان بالليل فوجهان الثالثه ما
اذا كان القبر في دار وعليه اغلاق واقفال فنحن نقطع بوجوب
القطع في هذه الصوره ولهم فيها منع ونسلم وماخذ النظر
من جانبنا وجود معنى السرقه وان لم يثبت اسم السارق ق
للنباش فان ذلك لا يثبت الا نقلا واللغات لا تجري
فيها القياس لان غايه ما نقول اصحابنا فيه ان السرقه
هي اخذ المال على وجه الخفيه فنقول الخصم مسلم
ولكن في صوره غير النبش والعرب قد تخصص الاسم
الماخوذ من المعنى ببعض المواضع بل نقول يجب عليه
حد السارق لوجود معنى السرقه وهو اخذ المكلف

نصابا من حرز مثله على وجه الخفية والاستتار ولا شبهة له فيه وهذا كقول ابي حنيفة رحمه الله يجب كفارة الجماع على الاكل وان ورد النص في الوقاع لوجود معنى الجماع فيه وهو افساد الصوم بمقصود الجنس وان لم يحصل اسم الجماع وفي ذلك اشد الاجبار مع منعه من القياس في الكفارات فان قالوا وهو ما خذهم لا نسلم انتفا الشبهة بل قد تمكنت الشبهة من وجوه احدها ان الكفن لا مالك له فانه لا يخلو اما ان يكون للميت او للوارث لا جايز ان يكون مملوكا للميت لان الموت ينافي الملك اذ الملك قدرة وسلطنة والموت عجز لا عجز فوقه وبينهما تناف وانما بقي ملكه عليه لحاجته اليه ولا جايز ان يقال هو مملوك للورثة لانه مستثنى عن التركة بالاجماع لتعلق حاجة الميت به ولانه انما يورث ما يفضل عن حاجة الميت واذا لم يكن له مالك كان ذلك شبهة في اسقاط القطع الثاني

ان الكفن في القبر ماله الى البلى والتوى فقد انعقد سبب هلاكه بوضعه في التراب وسبب الهلاك حقيقة الهلاك كما في حق المرتد فانه جعل كالهالك الثالث قالوا دخول الدار للربا شبهة فقلنا لا انقطع لان له حقا في الدار والجواب نقول المعنى بقولنا لا شبهة فيه ان ليس له فيه ملك ولا حق ملك وقولكم ان الكفن لا مالك له غير صحيح بل هو مملوك الا ان اصحابنا اختلفوا فيه فمنهم من قال انه ملك للميت ومنهم من قال هو ملك للوارث وهو الصحيح من مذهبنا بدليل انه لو افترسه سبع قسم من ورثته ويدل على كونه مملوكا وجوب الضمان على متلفه بالاجماع ولم يكن مملوكا وجب ضمانه بدليل شهادة الطرد والعكس فان قلنا ملك للمورث فوجهه ان متعلق حاجته والوارث انما ينتقل اليه ما يفضل عن حاجة المورث بدليل البداية

تقضا ديونه وتنفيذ وصاياه من التركه وان سلمنا انه
لا مالك له لكن لم قلتم ان يمتنع وجوب القطع فيما
ليس بمملوك الا ترى ان ثياب الكعبه غير مملوكه
ويجب القطع بسرقتها وكذلك مال الميت
الذي عليه دين فان المال ليس له ولا للوارث ويجب
القطع بسرقته وكذلك في زمن الخيار لا مالك
لان لا مالك له عندكم اعني فيما اذا كان الخيار للبايع
وحده فانه يزول ملك البايع عندكم ولا يدخل
في ملك المشتري ويجب القطع بسرقته اجماعا
وقولهم ان مصيره الى البلى قلنا مسلم لكن لا نسلم ان
تثبت الهلاك كالهلاك ثم هو باطل بما اذا دفن
الثوب في مكان وغاب عنه مالكه فانه معرض
للبلى ومع ذلك يجب القطع بسرقته وكذلك
الشمع المشتعل وقولهم ان دخول الدار المزيا ن
شبهه قلنا باطل اذ لو جاز ان يجعل ذلك شبهه

في سرقه الكفن لجاز ان يجعل شبهه في سرقه ساير الاموال
من الدار لان له ان يدخلها للزيارة مسله السارق
يؤتى على اطرافه الاربعه عندنا فيقطع اولا يده اليمنى
فان عاد فرجله اليسرى فان عاد فيده اليسرى
فان عاد فرجله اليمنى وقال ابو حنيفه لا تقطع الا
في مرتين يده اليمنى ورجله اليسرى فان سرق ثالثا
لم يقطع بل يحبس حتى يتوب واعلم ان قياس الحكم في جانبنا
في هذه المسله من طريق القياس ضعيف فانا لا نستقل
بنصب العقوبات وترتيبها على الجنايات بتحكمنا وارايا
وليس لنا ان نجتلي لنا ان نختلي ادا لم ينص الشرع
ولا وقع الاتفاق على اصل هو نظير ما اختلفنا عليه امتنع
القياس وهذا لان الذي وقع الاتفاق عليه هو تقليل
منفعه البطش ومنفعه المشي اما الاستيصال
نظيرا ما اختلفنا نظيرا للقتل وانما يثبت السابق مذهبه
فيما على التوقيف وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

في المسانيد الصحاح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
في السارق تقطع يده اليمنى فان عاد فرجله اليسرى
فان عاد فيده اليسرى فان عاد فرجله اليمنى فان عاد فاقتلوه
منسوخ القتل في الخامسة بالاجماع فبقي فيما عداه
وان تشوفنا الى التعليل فطريقه ان نقول تنصيص
الشرع على شيء منصوص على ما هو في معناه كالعبد والامة
وايجاب القطع في احدى اليدين ايجاب في الاخرى
لتساويهما ثم اليسار محل للقطع بدليل ما لو قال الجلاد
للسارق اخرج يمينك فاخرج يساره فقطعها غلطا
فانها تجزي عن اليمين حتى لا يجب ضمان اليد على الجلاد
وللخصم ماخذان احدهما التعليق بقوله تعالى فاقطعوا
ايديهما جزاء قالوا نص على اليد والرجل ثبت اجماعا فمن
زاد على ذلك فقد زاد على ذلك النص والاجماع الثاني
قول ابي زيد الشرع شرع القطع زاجرا لا متلفا وقطع
اليدين اتلاف حكمي لان من فاتته منفعة جنس البطش

البطش في حقه صار تالفا بالاضافة الى ذلك الجنس
فاشبه الاهلاك من وجه ولهذا وجب عليه في قطع
اليدين كمال الدية كما يجب في النفس ويدل على ذلك
انهما لا تقطع في الثانية ولو كان لليسرى مدخل
في القطع لكان العدول اليها اولى لانها اقرب الى اختها
من الرجل والجواب عن الاول ان الاية حجة
عليكم لان المذكور فيها الايدي بصيغة الجمع فيدل على ان
جميع الايدي محل للقطع وعن الثاني من وجهين احدهما
لا نسلم ان قطع اليدين اهلاك فان النفس باقية من كل
وجه بدليل وجوب القصاص والدية ثم هو باطل بقطع
احدى يديه واحدى رجليه فانه قد صار فيه شبهة
الاهلاك من وجه على معنى وجوب كمال الدية ثم هو
مشروع الثاني انه لو جاز فيه شبهة الهلاك لكان
بمعنى دا فتله فلذا ان لا يجب عليه القصاص لانه
هالك او تالف من وجه فان قالوا القصاص يجب

يجب في الزوج وهي كاملة قلنا فبطل لكونه هالكا من
وجه بانه لم تتلف كال منسله البهيمه المملوكه اذا
صالت على انسان فقتلها دفعا عن نفسه لا يلزمه
الضمان عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله يلزمه
الضمان وان كان الدفع جايزا كالمضطر في المخمصه
وللمسله ما خذان احدهما ان هذه البهيمه عندنا
هي قتيله نفسها من حيث انها هي التي الجات المصول
عليه الى قتل نفسها من حيث انها هي التي هيجت
دواعيه وبواعثه وقد انعقد الاجماع على ان
الفعل من جميع صور الالجاء يضاف الى الملجئ
كما لو اكره رجلا على اتلاف ما غيره فان الضمان يجب على
المكره وصار الفعل منسوبا اليه لكونه هو السبب
المحرك واذا صار الفعل مضافا اليها صارت كانها
هي التي قتلت نفسها ثم لو رمت نفسها من شاهق
لا ضمان على احد بقتلها فكذا في صورة الصيال

فان قالوا وهو ما خذهم الكلي فعله معتبر فاضيف اليه
اما فعل البهيمه فغير معتبر بل اصلا بل وجوده كالعدم
ويدل على ذلك انعقاد الاجماع على انها لو حفرت
النعل وقتلت الشخص انه لا ضمان ولا يعلق على فعلها
حكم بحال واذا كان حقيقته فعلها هدرا فتمهيدها بالفعل
اولى ان يكون هدرا وهو دون حقيقة الفعل قالوا اذا
لم يكن فعلها عبره بقي اتلاف ملك المعصوم سببا للضمان
وصار البايس كالمبتدي لقتلها والجواب قلنا
الفعل اذا امكن اعتباره لا يعتبر ونحن نسلم ان فعلها
لا يمكن اعتباره لا يعتبر ونحن نسلم ان فعلها لا يمكن اعتبا ه
في ايجاب الضمان فلاجرم لم يعلق على فعلها ايجاب
حكم وانما نعلق عليه الاسقاط والاهدار وهذا ممكن
غير مستحيل بتعليقه على الفعل فاضفنا فعلها اليها
لاهدار ضمانها كما في المحرم اذا قتل الصيد الصايد

ونوهم ان لهم بالفعل دون حقيقة الفعل قلنا يبطل
بالاب مع ولده فانه لو خنق ولده وقتله لا يصير
دمه مهدرا ولو انه هم بالفعل وصال على ابنه فدفعه الابن
عن نفسه فاتى عليه هدر دمه فقد صار الهم ابلغ من التحقيق
الماخذ الثاني وهو المعتمد ان قتل هذه البهيمة الصائلة
العادية عندنا من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
من حيث انها قتلت لدفع شرها ونشا من جهتها
فهي بمنزلة الحية والعقرب وقاتلها محسن بقتلها فلا يلزمه
ضمان لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل ونستشهد
لذلك زوال عصمتها واباحة اتلاف عينها وسقوط ضمان
العبد الصائل مع كونه مملوكا كالبهيمة فان قالوا وهو
ماخذهم الثاني ان السبب الداعي الى دفع الخوف
المصول عليه على نفسه واستيفاء مهجته وذلك
لا يسقط الضمان بدليل المضطر في المخمصة

فان اباحة الاتلاف لما كان لامر نشا من قبل نفسه
وطبعه وهو جوعه وطلبه لم يسقط ضمان مال
الغير كذلك هاهنا قلنا خوفه على نفسه لا يبيح القتل
بدليل ما لو خاف على المجنون من نفسه فانه لا يجوز
له قتله ولو قتله وجب عليه القصاص واما المضطر
في المخمصة فانما وجب عليه الضمان ~~ولا قصاص~~
لان سبب الاتلاف نشا من نفسه كما ذكرتم اما
في مسالتنا فقد بينا انها قتيلة نفسها وان قتلها
كان بسبب نشا من جهتها فكذلك سقط ضمانها فان قالوا
عصمة المال تابعة لعصمة المالك وعصمة المالك قائمة
لم تبطل لا اذن في اتلاف ماله فلا وجه لاسقاط
ضمانه قلنا تبطل بالعبد المرتد والعصير اذا تخمر فانه
تبطل عصمته مع عصمة المالك **مسألة** الاختلاف
بين المسلمين في تحريم الخمر وهي عصير العنب التي
اذا اشتد واسكر قليلها وكثيرها وهل تحريمها

لعينها ام لعله فعندنا لعله وهي الشده المطربه وقال
ابو حنيفه رحمه الله تحريمها لعينها لا لعله وفايده
هذا الخلاف انه اذا ثبت تحريمها لعله شاركها
في ذلك كلما شاركها في ذلك لمشاركتها في العله
وعندهم يختص التحريم بها لعينها ودليل التعليل
قوله انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة و
البغضاء في الخمر والميسر فبين ما فيها من الفساد
وعقب ذلك بالتحريم فعلى هذا الاشربه كلها حرام
عندنا قليلها وكثيرها وقال ابو حنيفه الخمر العصير
النى حرام قطعا اما المثلث وهو الطلا ومعناه الخمر
اذا اغلي حتى ذهب ثلثاها فانه حلال فاما نقيع
التمر والزبيب فهما حرامان ما داما نيين فاذا طبخا
حلا بكل حال وكذلك البتع وهو نبيذ العسل
والفضيخ وهو نبيذ البسر من غير ان تمسه النار
والجعه بكسر الجيم وهو نبيذ الشعير والمزر وهو

وهو نبيذ الذره والسكركه بضم الكاف وتسكين الرا
وهي خمر الحبشه ونحوها ايضا من الذره فان طبخ ذلك حلال
قبل الطبخ وبعده وقال ايضا لا باس بالخليطين وهما
التمر والزبيب او العنب والرطب اذا اتخذ منهما نبيذ
ثم قال ابو حنيفه رحمه الله لا اقول ان هذه الاشربه حلال
على الاطلاق بل يعلق على ظنه انه لا يسكر من غير لهو
ولا طرب فالقدح الاخير الذي معه السكر حرام
كالعاشر مثلا وللمساله ماخذان احدهما لغوي
والاخر معنوي اما الماخذ اللغوي فاثبات اسم
الخمر لهذه الاشربه والثاني اثبات التحريم بطريق
الالحاق من غير تعرض للاسم والخصم منازع في الامرين
اما الدلاله على تسميتها خمرا من حيث النص والاشتقاق ق
اما النص فما روي النعمان ابن بشير عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال ان من العنب خمرا وان من التمر
خمرا وان من العسل خمرا وان من البر خمرا وان من

من التعبير خمرًا واذا ثبت تسميته ذلك خمرا دخل
في عموم الآية واما الاشتقاق فان الخمر سميت خمرا
اشتقاقا من الخامر او التخمير وهو التغطية على الشي
ومنه خمرت الانا اذا غطيته ومنه قوله صلى الله
عليه وسلم خمروا اشرابكم ولو بعود وقال الفرا اصل الخمر
كل ساتر يدل عليه قوله خامر الدا اذا خالطه خوفه
قال كثير عزة هنيئا مريئا غير داء مخامر لعزة من اعراضنا
ما استحلت واي الامرين قدر فالنبيذ في معناه والمعنى
موجود فيه واذا ظهر موضع الاشتقاق استنبطنا
المعنى وقسنا فان قالوا فلان سعى ان يسمى البنج خمرا
لانه مخامر ومغطي قلنا البنج اسم اعجمي عرب وهو بلغة
نعرفه بنج ولم يكن عند العرب منه شي لتتعدى
اليه الاسم فهو كاسم المسك واما اثبات الحكم
وهو التحريم في نفسه من غير تعرض للاسم فبطريق
المعنى الواضح الجلي وذلك ان نقول معلوم ان الخمر

لم يكن معينه بعينها اذ هي مر مقزز وانما صارت
معينه لمعناها ومقصودها وهو الطرب والنشاط
واذا شرب دبت في سوونه ما ظهرت مكنون سره
وينشا من ذلك الفحش والسفه والصد عن ذكر
الله وعن الصلوة فهي ام الخبايث ومفتاح كل شر
واصل كل فساد وقد نبه الله على ذلك المعنى حيث
قال انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضا
في الخمر والميسر فعند هذا قال الشافعي رحمه الله
لا يخلو اما ان يكون المراد ارادة الشيطان لما يحصل
من هذه الامور بعد السكر او قبله ان كان بعد
السكر فتلك حالة منهاه لينبغي عندكم اذ قلتم
حد السكران لا يفرق بين السما والارض فلا
يتصور في هذه الحالة وانما المراد انه يريد ان يوقع بينكم
العداوة والبغضا قبل ذلك وهو حالة الانتشار
والثمل وهذا المعنى بعينه في احاد الصور فان يجد

وجد في الفرع فان المعنى الجلي هو ما يوجد نفسه في احاد
الصور فبان بهذا وانضح المعنى الموجب التحريم
الخمر وهو معقول في نفسه وقد نبه الشرع عليه
وهو بعينه وكماله موجود في النبيذ فان قالوا
فهذا المعنى الذي ذكرتموه لا يوجد في القليل الذي
لا يسكر وقد حرمتم الجميع قلنا لان القليل داعي
الى الكثير فشرب قطرة تدعوا الى شرب جرعة
والجرعة تدعوا الى شرب قدح والقدح الى امثاله
وهلم جرا الى الاسكار الذي هو محظور الشرع
فان قالوا فهلا سويتم بين سرقة المال القليل والكثير
في القطع لما سويتم هاهنا قلنا لان النفس لا تدعوا
اليه فان العاقل لا يرتكب الاهوال والاخطار ويذهب
في جنس الليل لاخذ القليل من المال فلم يحتج الى
الردع عنه بالقطع بخلاف القليل من النبيذ وشارب الخمر
اما الخصم فلا يتعلقون في المسئلة سوى التمسك باستصحاب
الحال

الحال وقوله ان الخمر والنبيذ كانا مباحين قبل نزول
اية التحريم اما فيهما من الشرايع والنبيذ كانا مباحين
قبل نزول اية التحريم الا ان الشرع حرم الخمر لعينها
فبقي النبيذ مباحا على ما كان عليه وهذا فاسد فانا
قد دللنا على تسميتها خمرا وعلى كونها معللة واوضحنا
المعنى فيها وربما تمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن
ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا
حسنا قالوا وهذا مذكور في معرض الامتنان علينا وهو
مطلق في النيء والمطبوخ نسخ النيء فبقي حجة في المطبوخ
وهذا مما لا يجوز التمسك به فان هذه الاية نزلت
قبل تحريم الخمور وقد سئل ابن عباس عنها فقال السكر
ما حرم من ثمرها والرزق الحسن ما احل من ثمرها
رواه الحاكم في صحيحه عن شعبة عن سفيان والله
اعلم مسالة انكحة الكفار

اذا استولوا على اموال المسلمين واحرزوها بدار الحرب
لا يملكونها عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه الله ولا
خلاف ان رقاب المسلمين من الاحرار والمكاتبين
والمدبرين المدبرين وامهات الاولاد لا يملكونها
وللمسئلة ماخذان احدهما ان الكفار مخاطبون
عندنا بفروع الاسلام وعندهم غير مخاطبين
الثاني ان عصمة الاموال الانفس عندنا مستفادة
من الاسلام ولم تزل وعندهم تستفاد من الاحراز
بالدار وقد زالت وعلى هذا بنى ابو حنيفة التسوية
بين الذمي والمسلم في القصاص والدية لاستوائهم في
الاعتصام بالدار وعليه بنى النزاع فيما اذا اسلم
الكافر ولم يهاجر الى دارنا فانه يضمن عندنا بالقصاص
والدية وعندهم لا يضمن بنا الماخذ الاول وقد
استقصيناه في مسئلة خطاب اهل الذمة وغيرها

من المسايل فلا نعيده واما الماخذ الثاني وهو قولهم
العصمة بالدار فباطل من وجهين احدهما ان العصمة
في حق المرتد مع كونه منحصرا بالدار الثاني ان الدار عبارة
عن بقاع وبقاع وهي متناهية لا اشعار لها بمنع ولا اطلاق
وانما نسب المنع والاطلاق تعظيما لمنصب المستولي
والمستولى عليه ولا مسكن وطن من الاوطان فان قالوا
وهو نقرر بما جاهم عصمة الاموال لم تثبت لذاتها
واعيانها وانما تثبت باعتبار بدار الاسلام ومعنى
الدار هو الشوكة القاهرة والمنعة الظاهرة والتناصر
والتوفر على حماية الاموال فاذا اخذ الكفار الاموال
واحرزوها بدارهم فقد بطلت المنعة وزالت
الحماية وانقطعت يد الاسلام عنها وصارت في
حماية الكفار فقد طرت عصمة اخرى وبطلت
العصمة الاولى وقرروا هذا بان الملك في الاصل
انما يثبت بالاستيلاء على المملوك والاستيلا

يسقط بتباين الدار حقيقة وحكما اما الحقيقة فبالخروج
عن يد المالك واما الحكم فبانقطاع حكم يده من الولايات
والتصرفات فيتنزل منزلة الموت ثم الموت قاطع
للاملاك فكذا تباين الدارين قالوا وهذا بخلاف الرقاب
فانها معصومة لعينها وذلك لانها على معنى ان الله سبحانه
وتعالى خلق الادمي ليكون خليفة في ارضه قايما
بعماره عارضه متحملا للامانة ليكون مالكا مستخلفا
لا مملوكا مستذلا وهكذا كان يقتضي هذا المعنى
ان يكون الكفار لا تملك رقابهم غير ان الله تعالى
لما ظهر منهم هذه الجناية العظيمة وانفوا من عبادته
جعلهم عبيد العباد فضرب الرق عليهم والجواب
نقول اما دعوى كون الدار عاصمة فقد ابطلناه من
وجهين والذي نزيده هاهنا ان جميع ما ذكروه
يبطل بالرقاب فانها لا تملك وهو لهم ان الرقاب

معصومة لعينها قلنا وعصمة الاموال تابعة لها
فان اموال الشخص من مرافق حيوته ومقيمات معايشه
فهي في الحاجة اليها تتنزل منزلة اطرافه واطرافه
معصومة تبعا له غاية ما في الباب ان الاطراف
اشد اتصالا من الاموال واذا كانت الاموال
تابعة فالتابع والمتبوع يثبتان بعلة واحدة فما
به عصمت الاموال فلا يفترقان وربما تمسكوا
بقوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من
ديارهم واموالهم سماهم فقراء باستيلاء الكفار على اموا لهم
واخراجهم من ديارهم قلنا انما سماهم فقراء للحاجة
الكافة من الحالة الراهنة فان الفقر عبارة عن الحاجة
ولهذا يقال لمن اخذ السلطان ماله قد افقره السلطا ن
وان كانت الملاكة مقررة عليه شرعا مسألة
قسمة الغنائم في دار الحرب جائزة عندنا خلافا لابي
حنيفة رحمه الله فانه قال لا تكون الا بعد الا حرار

ويدل على صحة ما ذهبنا اليه امور ثلثة احدها انعقاد
الاجماع على ان الامام لو اذن في القسمة والاكالة هذه
صحت القسمة ونفذت ولولا ثبوت الملك لما نفذت
كما لو اذن في حال فور الهزيمة الثاني ان عبدًا من عبيدهم
لو ابق منهم والتحق بجند الاسلام عتق قبل الحوق
بدار الاسلام وحصول العتق دليل على زوال
ملك الكافر وثبوته للمسلم فاذا هو المزيل لملكهم
هو المثبت لملكنا اذ لا واسطة بين الزوال والثبوت
الثالث ان الاستيلا سبب الملك والمباح المنفك
عن اختصاص ذي حرمة محله والمسلم اهل للملك
والعبرة في الاحكام بهذه الاوصاف الثلثة والخصم
يزعم ان السبب هو الاستيلا التام وهو الاستيلا
مع الاحراز بدار الاسلام من حيث ان لا دار لهم
الا دار ديارهم ونحن وان كنا قادرين بدا الكفار
لكنا مقهورون دارا فان احتمال الكر ظاهر ما دام

جند الاسلام في ديارهم بخلاف ما بعد الاحراز قالوا
ويدل على انتفا الملك قبل الاحراز احكام خمسة
وهي انتفا الملك في اراضيهم ورباعهم وبسط يد الغزاة
في المطاعم والعلوفات ولو كانت الغنايم مملوكة لامتنع
التصرف دون اذن الشركا من اعرض منهم سقط نصيبه
والملك الثابت لا ينسقط بالاعراض لا ينفذ عتق
الغانم واستيلاده ولو مات واحد منهم نصيبه لا يصح كالا ف
الاعيان المشتركة والجواب قولهم ان السبب
هو الاستيلا التام ولم يوجد قلنا لا نسلم فان المسئلة
معروضة فيما اذا قتل البعض واسر البعض وانفل الباقون
هاربين من جمع الارض ونصرها فامت الاخبار بانهزام
جميعهم وتفرق شملهم ولا يحي في الحالة هذه كمال القهر
والاستيلا فان الغنايم بجمعهم ثانيا فلا يفكر على القهر
الاول بالابطال بل يكون ذلك جهادا مستانفا بعطرفيه
حكم استحق لو بلغنا خبر اجتماعهم حال فور الهزيمة

فانا نقول لا يملك وانما لم تملك اراضيهم ودورهم
لقصور الاستيلاء بالنسبة اليها اذ لو فرضنا علو
الكفار ولم ينهض الجند بقتالهم امكنهم استصحاب
النقود والمنقول بخلاف العقار ولا يلزم قصور الاستيلاء
بالنسبة اليها قصوره بالنسبة الى المنقول واما حال
دار الحرب فنمنع انه لا يملك وعلى التسليم فانما لم يملك
لقصور الاستيلاء ايضا واما بسط اليد في الاطعمة
والعلوفات فانما كان لضرورة استبقاء الارواح
فانا اذا دخلنا دار الكفار فلا يسلفونا بالاسواق
القائمة والاطعمة الحاضرة وانما يتلفونا بالحرق
البائن فلو اخرنا تناول الطعام والعلف الى القسمة
لماتوا جوعا وهلك الخيل والكراع وربما طال مقامهم
ثم تعارض التبسط في الطعام والعلف بالخروج سائر الاموال
فسقطت دلالته واما سقوط الملك بالاعراض
وعدم نفوذ العتق والاستيلاد فنمنع واما بيع

نصيبه فانما لم يصح لانه لم يعلم نصيبه فهو بيع المجهول
حتى لو كان الشركاء محصورين صح البيع ويتايد جميع
ما ذكرناه بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ قد
صح عنه انه قسم غنايم بدر بسير واد من نواحي
شعب الصفراء وقسم غنايم خيبر بخيبر واوطاس وهذه
كلها نصوص **مسألة** اذا سبي الزوجان
معا انفسخ النكاح بينهما عندنا وقال ابو حنيفة
رحمه الله لا ينفسخ ولا خلاف في انفساخ النكاح فيما
اذا سبي احدهما غير ان للسبي عندنا اثر الفسخ بكليهما
بنفس الاسر فان كان زوجا فلا ينفسخ نكاح زوجته
حتى يسترق واعلم ان الخلاف في هذه المسألة لا يتصور
الا فيما اذا كان الزوجان المسبيان صبية وصبي
لانهما اذا كانا كبيرين فالزوجة تصير مسبية مرقوقة
بنفس الاسر اما الرجل فلا يصير مرقوقا بنفس الاسر
بل هو في محل اجتهاد الامام يرى رايه في المصلحة

في قتله فيامر به ومن ان يرى المصلحة في استبقائه
فيامر به وعند هذا يتقدم استرقاق المراة على استرقاق
الرجل فينقطع النكاح بالاجماع لاجتماع الماخذين
عندنا العلة الاسترقاق وعندهم تباين الدار فان
المراة حينئذ تكون من اهل الاسلام والرجل بعد ما
ما صار من اهل دار الاسلام وضابط المذهب
عندنا انه متى حدث رق في الزوجين او احدهما
فان النكاح ينفسخ بينهما فالعلة المؤثرة في الانفساخ
عندنا حدوث الرق فيهما او في احدهما وقال
ابو حنيفة حدوث الرق لا تؤثر في انفساخ النكاح
اصلا بل الموجب لانفساخ النكاح اختلاف الدار
بالزوجين فعلا وحكما مثل ان تزوج ذمي ذمية ثم
ينقض العهد ويلتحق بدار الحرب او يسلم احد الحربيين
ويدخل دار الاسلام ويعقد لنفسه امانا
فان النكاح ينفسخ في هذه المواضع لاختلاف الدار فعلا

وحكما اصل صحيح اما اذا اختلف الدار فعلا لا حكما
بان دخل الحربي دار الاسلام في تجارة ولم يعقد لنفسه
الذمة او حكما لا فعلا بان يسلم احد الحربيين واقام في
دار الحرب فان النكاح لا ينفسخ بينهما في هذه المواضع
هذا تفصيل المذهبين عندنا الى تقرير الماخذين اما
ماخذ الشافعي فطريق تقريره ان نرجح التعليل بالسبي
والاسترقاق على التعليل باختلاف الدار فنقول
معلوم ان في الاسترقاق قلب الجنس وسلب النفس
واعدام الشخص في حق نفسه وايجاده لسيده فيصير
الشخص كالميت في الحقيقة لانه لا سعي له في نفسه
تصرف ولا احيا ولذلك يصير غيره المسلط عليه
بكل حال فاذا احدث هذا الامر المزيل للشخص حكما
كان انقطاع الحكم عليه اظهر واولى من الدار
التي في اختلاف لا تؤثر في سلب الاستقلال ولا
تزيل وصف الكمال فان قالوا وهو ماخذهم

وهو التعليل باختلاف الدار اولى فان قالوا اهل
الحرب لكونهم متحيزين بدار ومنعه احكامنا منقطعه
عنهم ونحن عاجزون قاصرون عن تقليدهم الاحكام
والزامهم الحلال والحرام فهم غير ملتزمين ونحن لا
نقدر على الزامهم فالتحقوا بالموتى حيث لا يمكن اجرا
الاحكام عليهم قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى
ولا تسمع الصم وقال ـــــ اومن كان ميتا فاحييناه
فجعل الكفر موتا والاسلام حيوة فاذا كانوا في حكم
الموتى قلنا اختلاف الدار هو المؤثر في قطع النكاح
لا السبي والاسترقاق **والجواب** نقول قد
بينا ان التاثير للاسترقاق لما فيه من قلب الحس
وسلب الصرح حقه والحاده العدم فان الدار
لا اثر لها في سلب الكمال موهم ان اهل الحرب
لا يمكن اجرا الاحكام عليهم قلنا غير صحيح لان الله
سبحانه وتعالى قد تعبدنا باجرا الاحكام عليهم

والزامهم اياها فان لم يلتزموا الزمناهم وحكمنا عليهم بحكمنا
وقولهم انا عاجزون عنهم غير صحيح فانا متمكنون من جر
العساكر اليهم وعن الغارات عليهم قد تعبدنا بذلك
فان لم يمكنا ذلك فتح الله القاهر وايانه الطاهر
يستميل قلوبهم ويستطعهم حتى يدخلون في دينا
ويلتزموا احكامنا قال ـــــ الشافعي احكام الله
عامه ثابته على الخلق لا يختلف بالبقاع والاصقاع فهي
ثابته على كل احد فعل ولم يفعل وينا بجميع ما ذكرناه
ملك اليمين فانه ينقطع اجماعا لما ذكرناه وكذا حق
الاجاره فانه ينقطع نظرا الى حق السابق حتى يخلص
له الملك على السواء مع ان حق الاجاره موقت
والنكاح موبد فاذا لم يحتمل حق الاجاره مع
ما فيه نظرا الى حق الثاني فحق النكاح الذي هو على
الدوام اولى بالانقطاع فان قالوا عقد النكاح
على منفعه البضع والاسترقاق لا ينافي منفعه

البضع اذ البضع لا يدخل تحت اليد العاديه فانه لو غصب
حره وحبسها لم يضمن قيمه بعضها مهر النكاح كما كان
قبل الاسترقاق فلما يبطل بما اذا اختلف الدار فانكم
قلتم بارتفاع عقد النكاح مع امكان بقايه فان قالوا
لانه تجدد امر لم يكن وتغيرت الحال قلنا والاسترقاق
تغيرت الحال وحدث الرق والملك المزيل حكم النفس
فهو بالابطال اولى مسله الجزيه لا توخذ من
عبده الاوثان بحال وهكذا كل من لا كتاب له ولا شبهه
كتاب وقال ابو حنيفه رحمه الله توخذ الجزيه
من جميع الكفار الا من المرتدين وعبده الاوثان من العرب
وقال مالك توخذ من كفار قريش خاصه وقال
ابو يوسف لا توخذ من عربي جزيه وانما توخذ من العجم اما
الوثني اذا دخل في دين اهل الكتاب بعد النسخ لا توخذ
منه الجزيه ومن اشكل امرهم فلا ندري هل دخلوا
بعد التبديل او قبله كنصارى العرب وهم تنوخ وبهرا

وتغلب كانوا عبده الاوثان فدخلوا في دين النصارى
فيقرون على دينهم ببذل الجزيه وتحقن دماوهم واموالهم لهم
الا انه لا يحل مناكحتهم وذبايحهم فهولاء قوم دعاهم عمر
الى عقد الذمه وبذل الجزيه فابوا وقالوا نحن عرب لا ندخل
تحت الصغار وبذل الجزيه ولكن خذوا منا الزكوه
فابى عمر رضي الله عنه وقال الزكوه على المسلمين فلحق
بعضهم الروم فقيل لعمر ان لهم شوكه وباسا فلا تقوى
عداوتهم فصالحهم على ان تضعف عليهم الزكوه واخذها
منهم باسم الزكوه وهي جزيه فثبت لهم هذا الحكم واشتهر
وجمله الامر ان طبقات الكفار على مراتب فاغلظهم
كفرا وابعدهم عن التخفيف المرتدون لانهم انكروا
بعد الاعتراف فلا يقبل منهم الا الاسلام او السيف
ودونهم في الرتبه عبده الاوثان فانهم ما حسنوا
على الاسلام لكنهم عبدوا ما استحسنوه فحطهم هم
رتبه عن المرتدين واول درجه يلقانا بعد القتل

هو الاسترقاق فقررناهم بالاسترقاق دون عبدة الاوثان
المحو بني اعني احف كفرا اذ لا لهم كتاب فعلينا الحق لان الغالب
في الدنيا الظن وفي الذبائح والمناكح علينا جانب الحظر
لحصول الشبهة واخف من هاولا في الرتبه اهل الكتاب
وهم اليهود والنصارى لاستنادهم الى كتاب منزل ونبي
مرسل فلسلفهم حرمة خفف الشرع عنهم بضرب
الجزية واباح ذبائحهم ومناكحهم اذ هم اقرب للحق لينا
لاقرارهم بالنبوة المتقدمة وان كانت منسوخة هذا
كله ايضاح المذهب من الجانبين عندنا الى مقصود المسئله
وهي امتناع اخذ الجزية من عبدة الاوثان عندنا مطلقا
وقول ابي حنيفة رحمه الله يوخذ من العجم دون العرب
وماخذ النظر هو ان الاصل عند الشافعي وجوب قتل
الكفار كلهم وان لا نقبل منهم الجزية من حيث ان الرضا
بتقرير الكفار في دار الاسلام بدينا ركونه كل سنة
نوع مداهنة لا يقتضيه قياس القواعد ومنهاج الاصول

وذاك ان الله تعالى امرنا بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر ونحن
نعلم انهم يصلون في بيعهم وكنائسهم ويسبون الله ورسوله
ولا ننكروا عليهم وهذا امر لا يقتضيه وضع الشرع
غير ان الله تعالى ستثنى من هذا الاصل اهل الكتاب
وقصر النص عليهم حيث قال من الذين اوتوا الكتاب
فاقرهم ببذل الجزية لحرمة كتابهم فقلنا يخرج من هذا الاصل
من استثناه الشرع فبقي من عداهم على مقتضى الاصل
فان قالوا هذا احتجاج بالسكوت وانه ذكر قوما وسكت
عن قوم وليس تخصيصه بالذكر يدل على نفي الحكم عما عداه
قلنا لم نتمسك بالسكوت ولا دليل الخطاب وانما تمسكنا
الاصل وبقينا عليه الا فيما استثناه الشرع وزعمت الحنفيه
ان الاصل هو ابقا الكفار وتقريرهم لان الله تعالى ما اراد
افنا الخلق ولا خلقهم ليقتلوا وانما ابيح قتلهم لعارض ضرر
وجد منهم لان ذلك جزاء على كفرهم فان دار الدنيا ليست
دار جزاء بل الجزاء في الاخرة فاذا دخلوا في الذمة والتزموا

والزموا احكامنا انتفعنا بهم في المعاش في الدنيا وعمارتها فلم
يبق لنا ارث في ملهم وحسابهم على الله تعالى ولانهم اذا امكنوا
من المقام في دار الاسلام ربما شاهدوا بدايع صنع الله في وطنه
وودايع حكمته في خليقته فلا والوالي الاسلام واذا كان
الامر بهذه المثابه لم يجز ان يقال ان الاصل قتلهم ولهم
قلنا الاصل ما قدمناه من اباحه دمايهم بكفرهم لا لاجل
قتالهم فان هذا من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا
يجوز ان يقرهم على كفرهم وبيتهم ودراسه حيث يعتقدهم
لاجل دينار يوجد في راس كل سنه ولهذا يقتل المرتد وان
التزم الجزيه ودخل تحت الذمه فان قيل هذا يبطل بالمجوسي
لانه يقر بالجزيه ولا كتاب له قلنا لاجل ذلك المعنى امتنع عمر
رضي الله عنه من قبول الجزيه منهم لانه لا كتاب لهم حتى
قام عبد الرحمن بن عوف فقال اشهد ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال سنوا بهم سنه اهل الكتاب ما خلا المناكح والذبايح
وروي ان الصحابه ايضا اجتمعوا على علي كرم الله وجهه

فقال ما بال الجزيه تؤخذ من المجوس ليس لهم كتاب يقرونه

وعلم يدرسونه فوقع ملكهم على اخته وكان قد تزوج بها فقهوا
برجموه فقال لهم ان خير الاديان دين انبيا ادم وقد كان زوج
بناته من بنيه فتركوا رحمه وقد اسري بها بهم وهذا من
الصحابه دليل على انهم لم يعلقوا الجزيه ما خذا الا الكتاب
حتى طلبوا وجه الحاق المجوسي باهل الكتاب ثم نقول
جميع ما ذكروه يبطل بعبده الاوثان من العرب ومستندهم
في الفرق ان العرب اذوا رسول الله وظاهروا على اخراجه
وازعاجه حتى اضطر الى الخروج من الديار والالتجا
بالغاربه وبالغوا في اذيته فلم يقبل منهم الجزيه تغليظا عليهم
بخلاف العجم فانه لم يوجد منهم اذيه فقلنا يعرون ببذل الجزيه
ونحن نقول يبطل باهل الكتاب فانهم اذوه وبالغوا في الاذيه وكتموا
اعلام نبوته وبشاير بعثه واخفوا اسمه قال الله تعالى يعرفونه
كما يعرفون ابناهم وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقال
تعالى يجدونه مكتوبا عندهم في التوراه والانجيل حتى قتلوا نهم

اطهر واشبه لما اختلف عليه اثبات جميع الطوايف عادة
العرب لاجل الرياسة واهل الكتاب لانه نسخ دينهم وشرعهم
وازال ايضا ملكهم والذي يدل على ان اهل الكتاب ادون اكثر من
العرب صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم الفريقين فانه
لما ظفر بعبدة الاوثان يوم فتح مكة لم يقتل احدا منهم الا انفذ
فيهم خالد لانهم حاربوه وقال من القى سلاحه فهو امن ومن دخل
دار ابي سفيان فهو امن ولما ظفر ببني قريظة استاصلهم ولم يغادر
منهم احدا حتى امر بالكشف عن موتزر الصبيان كل من انبت
نباتا حسنا فاطرحوه واضربوا عنقه فان قالوا فلم اقر بهم
عبدة الاوثان بالاسترقاق قلنا ليس الاسترقاق كالجزية
وانما هو احوال القتل ماله قلب الحس اعلام المسترق في حق
نفسه ليس هو كالجزية التي تصير بها من اهل دارنا مخالطا بنا
متصرفا على ايثاره واختياره مسئلة الجزية لا تسقط بالموت
ولا بالاسلام ولا بتداخل السنين قبل الاستيفاء خلافا لابي
حنيفة رضي الله عنهما في الصور الثلاث ومأخذ النظر خلافا

اختلاف الامامين رضي الله عنهما في حقيقة الجزية وجهة
وجوبها فعند الشافعي انها وجبت عوضا عن سكناهم
دار الاسلام وعصمتنا اياهم وذبنا عنهم وقال ابو حنيفة
هي عقوبة ضربت على الكافر بسبب الكفر ولهذا هي من شان
العقوبات التداخل والسقوط بالموت والاسلام والذي يدل
على صحة ما ذهبنا اليه امور ثلثة احدها اشعار الصيغة
فان الامام يقول اسكنتك دار الاسلام كل سنة بدينار او على هذلك
بدينار او على دينار فيقول قبلت وحرف الباء للعوض كما في
قول القائل بعتك بدينار او على دينار وكلمة على للالزام لقوله
اجرتك على عشرة الثاني ما روي عن علي كرم الله وجهه
انه قال انما بذلوا الجزية ليكون دماهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
دل انها وجبت عوضا عن حقن دمائهم وعصمة اموالهم
الثالث ان العوض عبارة عن ما يبذل في مقابلة امر هو معاني
العوض وذلك موجود ههنا فان قبل بذل الجزية انه كان ممنوعا
من سكنى دار الاسلام خايفا في نفسه وماله وبذل

الجزيه صار امنا مطمينا متمكنا فيها متوطنا حيث يشا
ويتصرف على اختياره وايثاره وينتفع بمرافق الدار وسكانها
وانما نال جميع ذلك ببذل الجزيه واذا اثبت كونها عوضا
فالعوض يستقر باستيفا المعوض كالمهر في النكاح والاجرة
في الاجارات وقد استوفى المعوض فوجب بقا العوض الى
حاله الادا تحقيقا لفايدة الوجوب فان قالوا دعوى العوضيه
باطل من وجهين احدهما ان الذمي يسكن دار الاسلام او شرا
فان سكن في مباح فالمباح لا يوخذ عنه عوض فبطل
كونها عوضا عن السكنى الثاني انه يبطل بالذراري والنسوان
فانه لا جزيه عليهم ولو كان عوضا عن السكنى لوجبت عليهم
قلنا اما الاول فجوابه ان مجرد الدار التي يملكها الذمي
لو حبس فيها ومنع من الخروج كطلب الما العام والتردد
في الشوارع والصحارى والارتفاق بالاحتطاب والاحتشاش
والاستعانه بالمسلمين في المعاملات عما حرجا لان
الله تعالى خلق الادمي بحيث لا يعيش منفردا في ضيق

الا عيشا نكدا منغصا فيحتاج الى بلد او قريه جامعه
يتردد فيها ويستعين بالجيران ويرعى بالاراضي فكان
العوض في مقابلة هذه النسبه العامه ولسنا ندعي
انه على قياس الاجارات الحرجه وانما العوض بذل مقابل
لها وقد ظهر واما النسا والصبيان فانما لا ناخذ منهم لانه
اتباع واذا التزمنا باخذ الجزيه من الرجل ان يترك ذوابه
وعلله واقتنايه لحاجته الى ولده وزوجته اعظم فهو
مندرج بالتبعيه حتى لو وجدنا في قلعه جماعه من النسا
ولا رجل فيها بينهم والتزموا الجزيه قال اصحابنا نحو احدهما
حيث انعدمت التبعيه فان قالوا لو كانت عقوبه
قوله تعالى حتى يعطوا الجزيه عن يد وهم صاغرون وتسميتها
صغارا يدل على كونها عقوبه ولهذا استنكف التغلبيون
منها وضاعفوها باسم الصدقه قلنا الذل والصغار
ليس من صفات الجزيه وتوابعها وانما هو من موجبات
الكفر لا من منع من المطولة في لبينان وركوب الجمل

كيف وقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون متروك
الظاهر فان القتال ينتهي بذلك الالتزام لا بالاعطا واذا
ثبت كونها عوضا وجب ان لا يسقط الا بالادا او الابرا
نعم لا ننكر انه عوض مجهول الجهاله اخر الله لكن احتمل المصلحه
هذا العقد كما في القراض والجعاله **مسايل الصيد**
والذبايح مسله الكلب المعلم اذا اكل من فريسته
نادرا لم يحرم على فرايسه السابقه قولا واحدا فان كان الاكل
عادة له حرمت الفريسه التي ظهرت بها عادته وهل
يحرم ما اكل منها قبله فيه وجهان قال ابو حنيفه رحمه
الله يحرم الفريسه الماكول منها ويعطف التحريم على جميع
فرايسه المتقدمه ولو كان بخمسين سنه ونعني بالمعلم
ما يجمع ثلاث شرايط وهو ان يكون بحيث اذا ارسل
استرسل واذا زجر انزجر واذا امسك الصيد لا ياكل منه
فاذا وجدت هذه الشرايط صار معلما واذا امسك حل
اكله واذا عدمت او واحد منها فليس بمعلم ثم لا بد وان

وان يتكرر ذلك منه بحيث يقال في العاده انه صار معلما
ولا ينحصر ذلك بعدد بل الضابط في كلما ورد الشرع به
مطلقا فلا بد من تحديده ولا حد له في اللغه ولا في الشريعه
ان يرجع فيه الى العرف والعاده كالقبوض والعيوب والاحراز
وغير ذلك وهذا من جملته ومن اصحابنا من قال فله ثلث
مرات فاذا ترك الاكل ثلاث مرات حل فريسته في الكره
الرابعه ويستوي في ذلك الكلب والفهد والنمر وغيرها
من الوحش المعلم اذا اكل ففيه قولان على ما ذكرنا اما البازي
والصقر وجوارح الطيور فالمذهب انها اذا اكلت كان
حكمها حكم الكلب اذا اكل فيخرج على القولين وقال المزني
توكل صيدها قولا واحدا وهو قول ابي حنيفه والفرق ان
الكلب يعلم بترك الاكل فاذا اكل لم يحل الصيد والبازي
يعلم بالاكل فاذا اكل لم يوثر وماخذ النظر فيها ان ترك الاكل
في ابتدا التعليم عندنا لم يعتبر مقصودا لنفسه بل اعتبر للدلاله
على التعليم فلا يرتفع ذلك بالاكل النادر المحتمل وعندهم اعتبر

اصلا ومقصودا كالابتلا والانزجار فاذا اختلف الظن تغير
الحكم والدليل على صحة ما ذهبنا اليه هو ان الاكل في الابتدا
كان اصلا ثابتا في حقه وترك الاكل في الدوام هو الاصل
الثابت المستمر اذا الكلام فيما اذا عرف ذلك بالدلايل
الواضحة والشواهد اللايحة ومضى عليه الزمن الطويل
فصارت دلالة ترك الاكل في الابتدا بصفة التكرار
على العلم قطعية ودلالة الاكل في الدوام مرة واحدة
على الجهل محتملة فان احتمال وقوع ذلك لفرط جوع غلب
عليه او دهشة وجبن او نسيان او ان صاحبه ارسله قام
والمحتمل لا يرفع المتيقن واحتج الخصم في تقرير ما حطه بان
الاصل المستيقن في حق الكلب هو الجهالة وعدم العلم
وانما حكمنا بكونه معلما من حيث الظاهر فاذا اكل عرفنا
انه لم يكن معلما حقيقة وان ذلك الظن اخلف واذا
اخلف الظن تغير الحكم ولهذا قلنا ان الفراس المتقدمة
تحرم ايضا قالوا ونظير مسئلتنا اما اذا قال لزوجته

اذا مت فانت طالق قبله بشهر فانه يباح
له الوطي الى حين الموت مع انا نتبين وقوع الطلاق قبله بشهر لكن
لما كان الظاهر بقاه اثبتنا الحل بناء على الظاهر كذلك هاهنا
والجواب نقول ولا نسلم ان الاصل المستيقن
في حق الكلب هو الجهالة فاذا اكل بان انه لم يكن معلما قلنا
اما الاصل انما يتغير اذا لم يكن الطاري قاطعا اما اذا
كان الطاري قطع الاول او نفى، كان الحكم له والاعتبار به
دون ما تقدم من الاصل ويصير الطاري هو الاصل لانه
ثبت واستمر عليه وتيقنا تغير طبيعته ونظير مسئلتنا
ان وثنيا لو اسلم وذبح شاة ثم ارتد فانه لا تحرم ذبيحته ولا
نقول عاد الى الاصل بل نقول هذا الطاري رفع الاصل وكان
الاعتبار به دون ما تقدم وما ذكروه من المثال فلا يطابق
مسئلتنا لان النكاح موجود يقينا والحل ثابت قطعا ووقع
الشك في زواله واليقين لا ينقطع بالشك اما هاهنا
فالاصل فيه التحريم والحل ثبت بعارض فاذا وقع الشك

في الشرط وقع في المشروط فينبغي ان لا يثبت اكل
اصلا ويدل عليه جوارح الطيور كالبازي وغيره
فانه اذا اكل لم تحرم فريسته ولو كان الاكل دليل
الجهل لما افترق الحال بين جوارح الطيور والسباع
فلئن قالوا اذا تعارض دليل الحل والحرمة يغلب جانب
الحرمة احتياطا قلنا انما يغلب جانب الحرمة اذا
استوت الامارتان وتقابلتا كما لو شهد شاهدان
بالنكاح وشاهدان بالطلاق فانا نقدم شهود الطلاق
لما تساويا اما في مسئلتنا ما استوت الامارتان فان
ما يقتضي الاباحة قد علم ونذرته الزمن الطويل
وما يقتضي الحظر ليس بامارة وانما هو نوع تهمة واليقين
لا يرفع بالشك واعلم ان في المسئلة حديثين متعارضين
متفق على صحتهما احدهما رواه ابو ثعلبة الخشني ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا ارسلت كلبك
المعلم وذكرت اسم الله فكل فقلت وان اكل قال وان اكل

والثاني قوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم اذا ارسلت
كلبك المعلم فكل فقال يا رسول الله وان اكل قال ان اكل فلا تاكل
فاني اخشى ان يكون قد امسك على نفسه ومستند قول
الشافعي تعارض هذين الحديثين ووجه الجمع بينهما الاتفاق
على صحتهما ان عدي بن حاتم كان ابنا الملوك وكان يقصد
باصطياده التنزه والتفرج وهو مستغن عنه فنزهه
عن اكل الصيد الذي اكل منه الكلب وكان ابو ثعلبة الخشني
فقيرا يقصد باصطياده الاكتساب ليصرفه في
قوته وحصله واباحه اياه مع الاكل مسئلة متروك
التسمية حلال عندنا في حالتي العمد والنسيان حرام عندهم
في حالة العمد دون النسيان ويحرم عند مالك في الحالتين
جميعا وهذا الخلاف جار في التسمية عند ارسال الجارحة
على الصيد وللمسئلة مآخذ احدها تعارض آية الذكاة وآية
التسمية فآية الذكاة تقتضي بعمومها تحليل كل مذكاة وآية التسمية
تقتضي بعمومها تحريم كل متروك التسمية والمتنازع فيه مذكا

وذكرت اسم الله عليه

ق

متروك التسمية فاذا احللنا بعموم اية الذكاة لزم تاويل
اية التسمية لنزم اية الذكاة بمذكي ذكر عليها اسم الله تعالى
فابو حنيفة يدعي ان الاية نص في تحريم متروك التسمية
اذ حمل الاية فسقا ونحن نقول اجمع المفسرون على ان
المراد بما لم يذكر اسم الله عليه في هذه الاية الميتة ولم يحمله
احد على ذبيحة المسلم التارك للتسمية وفي الاية وجوه
تدل على ذلك منها قوله تعالى وانه لفسق ولا يفسق
اكل ذبيحة التارك للتسمية اجماعا اذ المسألة اجتهادية
والقضية ظنية ومنها قوله وان الشياطين ليوحون
الى اوليائهم ليجادلوكم والمجادلة في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم انما كانت في الميتة باجماع من المفسرين
وذلك ان الكفار قالوا للمسلمين تاكلون مما قتلتم ولا تاكلون
مما امات الله فانزل الله هذه الاية وان اطعتموهم انكم لمشركون
ومن احل يقول الشافعي لا يكون مشركا والعياذ بالله ويدل
على صحة ما ذكرناه وان قوله لفسق عائد الى اكل الميتة قوله
في الاية

في الاية الاخرى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير
وما اهل لغير الله به الى ان قال ذلكم فسق فهذه الاية وانه
لفسق عائد اليه وسائر جميع ما ذكرناه من الاحاديث الصحاح ح
المروية في هذا الباب منها ما رواه الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير
عن ابي هريرة قال سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
ارايت الرجل منا يذبح وينسى ان يسمي الله فقال النبي صلى الله عليه
اسم الله على فم كل مسلم ومنها ما رواه عمرو بن دينار عن عكرمة
عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلم يكفيه اسمه
وان نسي ان يسمي حين يذبح فليذكر اسم الله ثم لياكل ومنها
ما رواه هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة ان قوما قالوا
يا رسول الله ان قوما ياتوننا باللحم لا ندري اذكروا اسم الله عليه
ام لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم سموا وكلوا واما المسلك خد
المعنوي هو ان الذكاة الصحيحة عند الشافعي رحمه الله قائمة مقام
حقيقة التسمية وعندهم لا تقوم مقامها في حال التعمد ويدل
على صحة ما ذهبنا اليه احكام ثلاثة احدها حل ذبائح اهل الكتاب

من عدم بحث عن التسمية الثاني ثبوت الحل في حق الاخرس
مع انتفائها الثالث سقوطها في حق الناسي وجميع ما الزمنا
من مخالفة ظاهر الاية يلزمهم في استخراج الناسي فلين قالوا
الناسي عاجز عن التسمية وعند العجز يجوز ان يقوم خلف مقام
الاصل كما في ساير الابدال مع الاصول اما العامد فهو قادر
على التسمية فلا يجوز له العدول الى الخلف قلنا هو وان
ترك لفظا فعقيدته منطوية عليه كما في حال النسيان ثم
باطل بالمسح على الخفين فانه اقيم مقام غسل الرجلين مع
القدرة على غسل الرجلين من غير مشقة ولا حرج مسله
الاضحية سنة موكدة عندنا وليست مكتوبة ولا واجبة
قال ابو حنيفة رحمه الله الاضحية واجبة على المقيم
الذي يملك نصابا وليست بمفروضة وفرق بين الفرض
والواجب وقال الفرض ما يثبت بدليل مقطوع به غير
مختلف فيه والواجب ما يثبت بدليل مختلف فيه كالخبر
الواحد والقياس ومن مذهبه انها لا تجب على اهل السواد

وضابط مذهبه انها لا تجب الا على من تجب عليه صلوة
العيد ولا خلاف ان تفرقة اللحم لا تجب وماخذ الشا فعي
رحمه الله استصحاب دليل العقل النافي للوجوب حيث لم
يثبت عنده قيام دليل دل على وجوبها وهذا لان كل
واجب وتاسيس حكم انما يتلقى من توقيف او قياس وكلا هما
منتفيان اما التوقيف فهو اما كتاب الله او سنة رسول الله
او اجماع الامة اما الكتاب فليس فيه ما يدل على وجوب
الاضحية لا نصا ولا ظاهرا واما السنة فقد دلت على نفي الو جوب
بدليل قوله صلى الله عليه وسلم ثلث كتبت علي ولم تكتب عليكم
الضحى والاضحى والوتر وروي السواك وروي انه قال
هي لكم تطوع وعلي مكتوبة وهذا نص لا يحتمل التاويل فان لم
يكن دالا على نفي الوجوب فلا يدل على الوجوب واما الاجما ع
فلا مطمع فيه لوجود الاختلاف واما القياس فينقسم الى
معنوي وشبهي اما المعنوي فهو ماخوذ من المصالح الجلية
والمعاني الجميلة ومن المعلوم بانه لا يقتضي مصلحة كلية

ولاجرته انجاب شاه بصفات مخصوصة على شخص مخصوص
على وقت مخصوص اما القياس فلا لشبهه بمعناه ان يجعل
صورة او اصلا شبيها للمتنازع فيه فيلحق به وهذا مما لا يجعله
اصلا فان قالوا دليل الوجوب من الكتاب قوله تعالى
فصل لربك وانحر امر بالنحر وظاهر الامر للايجاب
ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم على اهل كل بيت في
كل سنة اضحاة وعتيرة وكلمة على تقتضي الايجاب والالزام
على ان العتيرة تستحب وهو دم كان يراق في الجاهلية
اول يوم من رجب فبقيت الاضحاة على مقتضى الظاهر وقد
روى ابو هريرة عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من وجد سعة
فلا يقربن مصلانا وهذا وعيد على الترك وانما يتوعد بترك
الواجب دون الندب ومن حيث المعقول ان الاضحية
مختصة بوقت مخصوص لا يجوز تقديمها عليه ولا تاخيرها
عنه واختصت بصفات وشروط لا تجري المعيبة
والصغيرة واعتبار هذه الامور على الوجوب والجواب

نقول ليس في شي مما ذكرتموه دليل على اهل الوجوب اما
التفسير فقد فسر اهل التفسير النحر بوضع اليمين على
الشمال في الصلوة ثم هي خطاب للنبي صلى الله عليه وسلم
ونحن نسلم وجوبها عليه وانما الكلام في وجوبها على الامة
وليس في الاية دليل لايجابها على الامة واما الحديث
الاول ان صح فهو محمول على تاكيد الاستحباب كما في قوله
عليه السلم غسل الجمعة واجب على كل محتلم والمراد به تا كد
الاستحباب دون الايجاب فان غسل الجمعة لا يجب
وفاقا ودليل صحة هذا التاويل قرينته وهي العتيرة
فانها مستحبة غير مستحقة واما الحديث الثاني
فقد روى الشيخ احمد البيهقي عن ابيه الحديث
انه موقوف على ابي هريرة ثم نحمله على الاستحباب
بدليل جوزنا قولهم توعد على تركها قلنا تارك الاضحية
لا يبعد عن المصلى لكن عسى ان يقرب منه للاستغفا د
ان كان عاصيا لكن معناه من وجد سعة في المكان

وليس في عدم التضحية فلا يضيق سعة المكان على من
يحضر لاستماع الخطبة فانه كان صلى الله عليه وسلم
يعلمهم في الخطبة شروط الاضاحي فيجب حمله عليه جمعا
بين الاحاديث وقولهم انها تختص بوقت وصفات وشروط
قلنا الشروط يراعى في النفل كما يراعي في الفرض الا ترى
ان الطهارة والستارة وغيرها من الشروط تعتبر في النافلة
كما تعتبر في المفروض فليستويان في الشروط ويختلفان
في الوجوب ثم هو معارض بانتفاء خصائص الواجبات
فانها اذا فاتت لا تقضى ويجوز ادا جميعها بدليل سائر
الفرائض الواجبة فانه لا يجوز ابدال جميعها ويستوعبها
ومنها انها لا تجب على المسافر ولو كانت واجبة عم
وجوبها المسافر ومنها انها لا تجب على المسافر ولو
كانت حج والعمرة لا يختلفان في الحقوق الدينية كالقصر
والفطر واسقاط المسح لا في الحقوق المالية مسئلة
الجنين يتذكى بذكاة امه وقال ابو حنيفة رحمه الله

اذا ذكيت الام ومات الجنين معها فهو ميتة والمسئلة
من جانبنا خبره والقياس لهم الا انه مردود لانه مقابل بلغ
النص وهو ما رواه امام ائمة الحديث يحيى بن سعيد القطان
عن مجالد عن ابي الوداك عن ابي سعيد الخدري انه سال
النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انا ننحر الناقة ونذبح
الشاة والبقرة فنجد في بطنها اجنة ميتة افنلقيها ام
ناكله فقال صلى الله عليه وسلم كلوه ولا تلقوه فان ذكاة
الجنين ذكاة امه وهذا نص لا يحتمل التاويل حتى قال
ابو زيد من اصحابهم ان صح هذا الحديث قلت به وقد
صح فان قالوا نحمله على انه اراد انا نحل لحمه قارب الموت
قلنا باطل لوجوه منها انه قال الميتة ام ناكله وما ليس
بميتة لا يلقى ومنها انه قال كلوه ولو لم يكن ميتا كان يقول
اذبحوه ومنها انه قال ذكاة الجنين ذكاة امه وان كان
حيا لا يكون ذكاته ذكاة امه فان عارضوا بقوله تعالى
حرمت عليكم الميتة وهذا ميتة قلنا فيحمل ما لم يذكى بذبحه

فان قالوا ذلك مذكا حقيقة قلنا وهذا مذكى شرعا
والمذكى حقيقة انما ان مذكى بالشرع وهذا مذكى بالشرع
فان عارضوا بقوله تعالى والمنخنقة وهذا مخنوق قلنا المنخنق
وهذا ليس بمخنوق حقيقة فان قالوا هو مشبه به قلنا هذا
الان قياس والقياس يرد بالنص وقد نص الشرع على
انه مذكا فيجب اباحته

مسايل الايمان

مسله اليمين الغموس توجب الكفارة عندنا خلافا
لهم وصورة المسلة ما اذا حلف على ماض وكان كاذبا فيه
فيقول والله ما فعلت كذا وقد فعل او قد فعلت وما فعل
وللمسلة ماخذان احدهما ان اليمين عندنا لا يحرم المحلوف
عليه بل الكفارة تجب بهتك حرمة الاسم المعظم وعندهم
يحرم المحلوف عليه ويوجب البر فاذا اقدم على الحنث
فقد ارتكب حراما فيجب الكفارة كذلك وبنوا على هذا
الاصل سائر مسايل الايمان وقالوا اذا حلف على الامتناع
من فعل شي او الاقدام عليه فهو قاصد بذلك منع

منع نفسه وكفها عن الفعل فقد حرم عليه هذا اصل ما كلف
عليه قالوا وانما استنفدنا هذا من اصل وهو تحريم البضع
فانه اذا قال لزوجته او امته انت على حرام وجب
عليه كفارة يمين وقد دل عليه نص قوله تعالى لنبيه صلى الله
عليه وسلم لما حرم مارية القبطية على نفسه الكريمة
ابتغاء مرضات بعض ازواجه يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله
لك تبتغي مرضات ازواجك والله غفور رحيم قد فرض
لكم تحلة ايمانكم فتبين له ان ذلك كله يمين قالوا ولما ثبت
لنا هذا الاصل وان الكفارة تجب فيما حرم على نفسه طردنا
ذلك في سائر الايمان وان الكفارة تجب فيما حرم على نفسه
طردنا ذلك في سائر الايمان وقلنا اليمين يحرم المحلوف
عليه فاذا اقدم عليه فقد ارتكب حرامه ووجبت الكفارة
لانه لما حرم على نفسه هل امر في المستقبل وبستقل
منع النفس عن الامر الماضي وان التكفير قبل الحنث
لا يجزي لانه ما وجد سبب وجوب الكفارة وهو

ارتكاب الفعل المحظور وهكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا يهودي
او نصراني والواجب عليه كفارة يمين لانه لا يتغير الكلام هذا
على حرام ثم ان اليهود والنصارى على حرام والجواب
عن هذا الماخذ ان نقول هذا الذي ذكرتموه تسلسل باطل
فانا اولا لا نسلم ان الايمان يحرم شيا اذ ليس الى عباد الله
تغيير احكام الله وقلبها عما هي عليه بل الذي اليهم وعليهم
تلقي الاحكام وقبولها واما قضيه مارية وان الله تعالى
عاتب نبيه على تحريمها واوجب عليه كفارة يمين قلنا الكفارة
هنا وجبت تعبدا لا نعقل معناه ولا يتعدى الى محل
واقع فيه مورد الشرع ولا سبيل الى الحاق غيره به فان
الله سبحانه وتعالى خص البضع باحكام وقضايا وموانع
خصائص ومزايا يخالف بها سائر الاحوال والاملاك
بدليل ان بضع الامة لا يقاس على بضع الحرة في الظهار فانه
لو ظاهر من امته لم يكن ذلك ظهارا فلا يجب به كفارة
وفي الزوجة يكون ظهارا موجبا للكفارة فاذا لم يقس بضعا
على

على بضع مع تساويهما وتقاربهما التفاوت ما بين المكلفين في علو
المنزلة ودنوهما فكيف يقاس الخبز واللحم على البضع واذا ثبت
ان اليمين لا توجب شيا ولا تحرمه فمعقول القصد باليمين
تاكيد قوله وتحقيق وعده فاذا خالف فعله قوله في يمين
بالله مقصوده وجبت الكفارة لاجل ذلك فهذا مناط
الكفارة وما حدها عند الشافعي فشنوا وحنث الحالف
بعد اليمين لا قبله او مقارنه اليمين يوجب الكفارة لان العلة
كما توجب حكمها اذا طرت توجب اذا قارنت والذي
يدل عليه ان هو للكفارة تجب عليه بما لا يكون مقدورا
له لا مقصودا ان يحرم عليه او يشرعه كما لو علق يمينه على فعل
غيره بان قال والله لا يدخل السلطان غدا البلد ولتمطرن
السماء غدا او لينكسفن الشمس ومعلوم ان فعل الغير لا يدخل
تحت قدرته ولا يحرم عليه فقد وجبت الكفارة بفعل
ما لا يحرم عليه وكذا لو حلف على ما هو مستحيل في قدرته بان
قال والله لاصعدن السما والله لا يبرين النجار والله لاجرين الدجلة

دمًا عبيطا والله لاقلبن صفحات الجبال ذهبا ابريزا فان هذا
كله يجب عليه به الكفارة وان لم يكن مقدورا لله وقد قالوا انه
لو قال والله لاجمعن بين السواد والبياض لا كفارة عليه وفرقوا
ان الجمع بين السواد والبياض مستحيل لذاته وسائر ما ذكرناه
مستحيل لغيره فان الصعود الى السما مما يمكن في الجملة وهذا فاسد
لان ما هو غير مقدور للحالف بان كان مقدورا لله لا يصير
مقدورا للبشر فقد وجبت عليه الكفارة بما هو غير مقدور
له المأخذ الثاني ان الكفارة عند الشافعي شرعت اصلا
لا خلفا وعندهم شرعت خلفا عن البر الفايت بالحنث
والبر مستحيل في هذه اليمين ومعنى هذا الكلام ان اليمين
عند ابي حنيفة رحمه الله توجب البر وتقتضيه وفا
بتعظيم الاسم المعظم فان اراد ابطاله وجبت الكفارة
خلفا عنه لتكفير الاثم المخالفة قالوا والدليل انما يمكن ايجابه
على تقدير كون البدل ممكن الوجود والبدل هاهنا مستحيل
وهو البر فامتنع ايجاب البدل الخلف والجواب

نقول هذا باطل حكمًا ومعنى اما الحكم فاحكام ثلثه احدها ان
العبد يجب عليه التكفير بالصوم مع انه خلف عن الاعتاق
ولا يتصور ايجاب الاعتاق عليه الثاني ان الايسة تعتد
بالاشهر والاشهر خلف على الاقرا مع ان الاقرا يستحيل
ايجابها عليها الثالث العاجز عن الما يجب عليه التيمم
مع استحالة وجوب الاصل عليه واما المعنى فهو ان هذا
الذي ذكرتموه وضع وترتيب مفرد دونه ما انزل الله بها
من سلطان بل ضابط الكفارة اليمين الكاذبة على ما نبينا ه
ثم ان اليمين الكاذبة ينقسم الى ما يكون كاذبة لامر مضى
كالغموس والى ما يصير كاذبة لامر يطرا كسائر الايمان على
المستقبل والى ما يكون كاذبة لمعنى مقارن ثم الكذب
المقارن ينقسم الى ذاتي كقوله لاجمعن بين السواد
والبياض والى اضافي كقوله لاصعدن السما فهذه جهات
الكذب ونواجه والفرق بين جهة وجهة محال الاوجه له
مسئلة التكفير بالمال قبل الحنث وبعد اليمين

جائز عندنا خلافا لهم ولنا في الصوم وجهان والفرق ان
الصوم بدل والبدل لا يجوز المصير اليه الا بعد تحقق
العجز عن الاصل وذلك انما يكون بعد الحنث اما التكفير
بالمال فاصل فلذلك يجوز تقديمه كما يجوز تقديم الطهارة
بالماء على الوقت ولا يجوز تقديم التيمم ومأخذ النظر ان اليمين
على نحو ما هي السبب لايجاب الكفارة عندنا والحنث
شرط وعندهم السبب هو الحنث دون اليمين وهذا
عندهم مبني على الاصل الذي مهدناه في المسئلة السالفة
من ان اليمين موجبه للبر والبر منصور يستحيل ان يكون
موجبه الحلف اذا حلف انما صار اليه عند تعذر
الاصل وفواته وهذا اصل قد دللنا على بطلانه في المسئلة
السالفة فلا نعيده وانما حاجته الى بيان كون اليمين سببا
لوجوب الكفارة ودلالة السببيه وهذا كقولهم كفارة القتل
وكفارة الظهار وكفارة الجماع فان المفهوم منه عند الاطلاق
لسببيه واما الحكم فكان لا رمان احدهما انه لو قال

لله على يمين قال ابو حنيفة يلزمه كفارة يمين ولولا ان الكفارة
حكم اليمين لما قام ذكر اليمين مقام التزام الكفارة الثاني ان
اهلية الوجوب تعتبر عند انعقاد اليمين ولا تعتبر حالة
الحنث حتى لو كان عاقلا حالة اليمين مجنونا عند الحنث
وجبت الكفارة عليه والمجنون ليس اهلا لوجوب الكفارة
عليه حتى ان قتل الصبي والمجنون لا يوجب الكفارة عند
دل ان الوجوب انما كان باعتبار ما وجد منه حالة وجود
الفعل وهو اليمين واما المعنى فهو ان الكفارة وجبت
مؤاخذه على ما دل عليه النص والمؤاخذه انما يتعلق بفعله
وهو اليمين لا ما الحنث فقد يمتنع عن فعله كما لو حلف
ان زيدا لا يدخل الدار ولا ينزل الغيث فانه يحنث عند
وجوده وان لم يوجد ذلك بفعله فكان جعل اليمين
سببا اولى ليكون المؤاخذه بفعله فان قالوا اليمين لا يصلح
سببا لوجوب الكفارة لوجهين احدهما ان سبب الشي
ما كان موصولا والاسباب الشرعيه ان طرفهما الموصله

قال الشاعر ومن هاب اسباب المنايا ينلنه ولو نال اسباب السما بسلم
واليمين ليست طريقا الى الكفارة فانها تجب عند الحنث
واليمين تمنع الحنث وتحرم على ما بيناه في المسئلة السابقة الثاني
ان سبب الشيء ما يثبت عنده ويتقرر بوجوده واليمين ترتفع
حال وجوب الكفارة وينتقض قال الله تعالى ولا تنقضوا الايمان
بعد توكيدها ولا عهد لنا بسبب يوجد الحكم عند انتفائه
والجواب عن الاول نقول قولكم ان السبب ما كان
موصلا الى المسبب واليمين مانعة من الكفارة من حيث انها
تجب عند الحنث واليمين محرمة للحنث باطل فانه بناء
منكم على ان اليمين تغير الاشياء عن حقايقها وقد ابطلناه وبينا
ان الاشياء بعد اليمين على حقايقها على ما كانت قبل اليمين
وعن الثاني انا لا نسلم ان الحنث ينفصل اليمين وانما ننظر في
ما الحال هل هي كاذبة او صادقة فتبين لنا صفة اليمين فان عرفنا
انها كاذبة علقنا الكفارة عليها وان كانت صادقة فلا كفارة
مسئلة اذا نذر صوم يومي العيد وايام التشريق

٢٦٩

لا ينعقد نذره عندنا واذا صام فيها لا يصح وقال ابو حنيفة
رحمه الله ينعقد نذره واذا صام فيها صح صومه عن الاكل
النذر الذي نذره ولا خلاف ان النذر المطلق لا يصح ادا عه
في هذه الايام ومأخذ النظر ان النهي المضاف الى صوم
هذه الايام عائد عندنا الى نفس الصوم ومتعلق بعينه
والامر بالشيء والنهي عنه في حالة واحدة متنافيان فلا يجتمعان
في محل واحد وعندهم ان النهي ليس راجعا الى عين الصوم
بل معنى غير الصوم وهو ترك اجابة الداعي الى الاكل في هذا
الاكل اليوم قال الله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير
فالخلق اضياف الله تعالى بدعائه لهم الى الاكل من لحوم القرابين
وترك اجابة الداعي من المضيف اخلال بحق المضيف
فحرم المصنف الصوم لهذا المعنى لا لاجل الصوم وقرروا
هذا بان النهي طلب وانما يطلب ما يتصور فعله ولولا ان الصوم
متصور صحيح في هذه الايام ما نهي عنه لان المنهي عنه ينقسم
الى فعل محسوس يعود النهي الى عينه فيفسد اداؤه واصله

كالنهي عن الزنا والسرقة والكذب والى ما يعود الى
وصف الشيء لا الى ذاته فيكون النهي عائدا الى الاكل وهو
الوصف دون الذات فلا نهي عن اصله فيكون مشروعا
واذا كان مشروعا فالنهي يدل على كونه شرعا لا على عدمه
اذ لو استحال وجوده شرعا لما نهي عنه ونحن نقول
اما دعوى صرف النهي الى ترك اجابة الداعي فلا يصح
كما ذكرناه قولهم ان الناس اضياف الله تعالى في هذا اليوم
قلنا هذه ضيافة اسم اوجبوها وليس عليها دليل في الشرع
فان العباد كلهم اضياف الله تعالى في جميع الايام يأكلون
رزقهم الذي يطعمهم ويسقيهم باسباب معاشهم وهم
في هذه الايام كذلك من غير مزية الا انهم امروا فيها
بعبادة النحر كما امروا في الايام كذلك باجراء الزكوة والحج
وسائر العبادات ثم وان سلمنا ان النهي كان كذلك
لكنه نهي تمكن من غير الصوم اذ لا معنى للاية بالصوم
الا طلب ترك الاكل فصار كانه طلب الاكل وتركه

في وقت واحد فيكون كقول القائل كل لا تاكل وهو
متناقض والدليل القاطع على صحة ذلك صحة الصلوة
في الدار المغصوبة عن النذر المطلق ان كان النهي
منصرفا الى غيره وهذا مما لا جواب عنه قولهم ان النهي
عما لا يكون لا يتصور قلنا اذا قلتم ان النهي عاد الى المشروع
فسروا لنا معنى الصحيح في الشريعة ولا معنى لكونه صحيحا
الا انه موافق للامر فكانكم قلتم الدليل على كونه مأمورا
به انه منهي عنه وذلك ساقط بل الحق الذي لا مرا فيه
ان النهي لا يعود الا الى فعل العبد المحسوس فاما كونه مشروعا
صحيحا فذاك حكم الشرع وذلك لا نهي عنه لان الشارع
انما نهى العبد عما هو اليه ويقدر عليه ولا نهاه عما اليه
ثم جميع ما ذكروه يبطل بقوله صلى الله عليه وسلم دعي الصلوة
ايام اقرائك وصلاة الحائض غير متصور شرعا ولم يدل ذا على القيام
والعقود ونهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الملاقيح
والمضامين وحبل الحبلة وقال تعالى ولا تنكحوا ما نكح

ابائكم من النساء الا ما قد سلف فاطلقت العبارة على الجميع
مسئلة اذا نذر ذبح ولده لغا نذره ولا يلزمه
شيء عندنا وقال ابو حنيفة اذا نذر ذبح ابنه يلزمه ذبح
شاة وان نذر ذبح عبده فلا شيء عليه ولو نذر قتل ولده لم
يصح اجماعا والامر واستدلوا على ذلك بان الامر
بذبح الولد امر بذبح الشاة بدليل قصة الخليل عليه السلم
وذلك يسمى فدا فلذلك الامر بذبح الولد وحينئذ
يكون نذرا بذبح الشاة قالوا والجامع بينهما ان النذر
يلو الامر ولهذا لا ينعقد الا بلفظ لما موريه لا فرق
بينهما الا ان احدهما الزام والاخر التزام الاول
من جهة الشرع والثاني من جهة العبد والحاصل
ان الامر بذبح الولد صار امرا بذبح الشاة حتى كان
ذبح الولد حراما كذلك النذر بذبح الولد وجب ان
يكون نذرا بذبح الشاة ونحن نقول هذا فاسد لان الاسم
الشرعي عبارة عما تكرر استعماله في عرف الشرع حتى

يصير عند الاطلاق منصرفا الى ما يستعمل فيه كالصوم
والصلوة وساير الاسما الشرعية والشرع لم يجعل اسم الولد
اسما للشاة ولا استعمله فيه بحال فلا يكون اسما شرعيا
واما قضية الخليل عليه السلم فلنا هناك وجب ذبح
الولد ثم صار الشاة فدا على طريق النص وفيما نحن فيه
ما وجد وجوب ذبح الولد على انا لا يلزمنا شرع من قبلنا والامر
شرع من قبلنا لا يعتبر ان سلمنا شرع من قبلنا قال الله تعالى لكل
جعلنا منكم شرعة ومنهاجا مسايل الاقضية مسئلة
القضا على الغايب نافذ عندنا خلافا لهم وصورة المسئلة ما اذا
ادعى على غايب حقا من حقوق الادميين كالديون والبيوع و القصاص
وحد القذف وما اشبه ذلك فان الحاكم يسمع دعواه
واذا قام بينة سمع بينته واذا سال المدعي ان يكتب
الى حاكم البلد الذي فيه المدعى عليه بما يثبت عنده فعل ذلك
هذا كله لا خلاف فيه اما اذا طالبه المدعي ان يحكم
على المدعى عليه الغايب فعندنا يستحلفه القاضي مع البينة

انه لم يعص حقه منه لا شي منه ولا ابرا عنه ولا عن شي فيه
ويحكم عليه ثم يكتب الى حاكم ذلك البلد بما حكم به فان كان الخصم
مستترا في البلد ولا يمكن خصمه من احضاره مجلس الحكم
او حضر المجلس ثم هرب قبل ان يسمع الحاكم البينه او
بعد ما سمعها وقبل ان يحكم عليه ففي المسايل الثلاث وجهان
اصحهما انه يحكم فيها على الغايب اما اذا ادعى حاضر في البلد
غير مستتر واقام البينه عليه فهل يجوز للحاكم ان يحكم
عليه من غير احضاره فيه وجهان اصحهما انه لا يسمع
الدعوى والبينه عليه حتى يحضر والثاني ان البينه
تسمع ويحكم عليه بها وان لم يحضر وقال ابو حنيفه
رحمه الله لا يجوز الحكم على الغايب ما لم يكن هناك
خصم حاضر يتعلق الخصومه به مثل وكيل او وصي
او يدعي حقا على جماعه غيب وحضر واحد منهم فانه
يجوز الحكم على حاضر ويكون ذلك حكما على الجماعه
ومأخذ النظر فيه اختلاف الامامين في حقيقه قضا

القاضي هل هو انشا او اخبار فعند ابي حنيفه هو انشا واثبات
والاثبات لا يعقل الا على نافٍ فصار الانكار شرطا للقضا
وعند الشافعي هو اظهار الله تعالى واخبار عنه وليس هو
اثبات حق على سبيل الابتدا ويدل على صحه ذلك وبطلان
دعوى الانشا ان المدعي انما يطلب حقا ثابتا له من قبل ولا
يستدعي التمليك اذ لو استدعى التمليك ابتدا لكان معترفا
بانه مبطل في دعواه الملك والبينه مصدقه له فيها حسب
ما ادعاه والقضا ايضا لما شهدت به البينه والشهود مخبرون
حاكون فاذا اعطيناه حكما اخر اثبتناه وانشاناه كان
غير المدعى به وغير المشهود به واذا ثبت كون القضا اخبارا
واظهارا فايهما كان فالغيبه لا تمنع ذلك ولا يقدح
في الحكم فان الحاكم اظهر الحق بالبينه الكاشفه الكامله
العادله والبينه كانتها مستنبه فان قالوا فالظهور حصل
بتعديل الشهود ولا يزداد اظهار البينه بقوله قضيت
قالوا الحكم يوقف على القضا لولا انه مثبت كيف ولو قال

والقضا [illegible] لا يكون الا بعد البينه

اطهرت وامضيت لم يكن قضا قلنا انما يوقف الحكم بعد التعديل
على القضا لان حال الشهود في محل الاجتهاد اذ يسعون الجرح
بعد التعديل على قوله فحمل الشرع حسب مرد الخروج الامر عن محل
الاجتهاد حتى جارا لعمل فان قالوا فقول القاضي قضيت وحكمت
انما يصدق في ذلك ان الحكم مستفادا منه كقول القائل سودت
وبيضت وكذلك قوله الزمتك المال انما يكون صحيحا وصدقا
اذا كان اللزوم مستفادا منه قلنا قول القاضي قضيت وحكمت
لا يجري على ظاهره وفاقا فان ظاهره اثبات الحكم وهو صنع الرب
عز وجل لا غير انكم تجوزتم وقلتم هو حاكم على معنى انه اتى بسبب الاصل
انه اثبت الله عقيبه حكما فاضيف اليه لتسببه ونحن تجوزنا
وقلنا هو حاكم على معنى انه حكم الله فينا فان المختفي الذي لا دليل
عليه كالمعدوم في نفسه بالاضافة الينا فصح ان يسمى مظهره
مثبتا مجازا فان قالوا لا نسلم صحة البينة فان صحة البينة تعرف
بعدالة الشهود وسلامتها عن القوادح والقيد الثاني مفقود
فان الطعن والقدح في البينة حق المدعى وانما يعرف سلامتها

عند حضوره وشعوره وعجزه عن القدح والمعارضة
كما في المعجزة فانها انما تصير معجزة اذا احضر المدعو وعجز عن
معارضتها اما اذا كان غايبا فلا يكون معجزة في حقه لجواز
ان يكون عنده معارض يبطلها ويبين انها تعده وليست بمعجزة
كذلك هاهنا قلنا دليل صحة البينة انعقاد الاجماع
على انها مسموعة يجب على القاضي سماعها عندكم للنقل
وعندنا للقضاء بها ولو لم تكن صحيحة معتبرة لما وجب
سماعها فان قالوا يلزمكم شهادة الشاهد الواحد
فان القاضي يسمعها بل يجب عليه سماعها ولا يقضي بها
لان الشاهد الواحد ليس بحجة بخلاف محل النزاع وقولهم
ان القدح والطعن حق المدعى قلنا هذا الحق لا يفوت بالقضا
فان القاضي يقوم مقامه ينوب ويستقرئ وسعه ويبذل
جهده في التزكية ويحلفه بالله انه ما ابراه ولا استوفاه ويستقصي
في البحث عن حال الشهود ثم بعدما يستقصا به يكتب في
كتابه وقد جعل كل ذي حجة واد احضر الغايب وقدح

في الشهود واظهر ما يوجب رد شهادتهم وقولهم يسمع
ذلك منه قبل قولهم وقولهم ان البينة انما تصير حجة اذا
سلمت عن المعاوضة كالمجروح قلنا لا نسلم بل تصير حجة
اذا تكاملت شروطها من العدالة والسوال له وحقا الحق
وما يجري ذلك فاذا وجدت شروطها كانت بينة
سوا كان المدعى عليه حاضرا او غايبا بقوله في المحرر فان
قالوا سلمنا صحة البينة في نفسها لكن لا نسلم وجود محلها
فان وجحوده بدليل امرين احدهما انعقاد الاجماع
على ان المدعى عليه لو كان مقرا لا تسمع البينة الثاني
ان البينة لا تراد لعينها وذاتها وانما تراد للقضا والقضا
لا يراد لعينه وانما تراد لاثبات المدعي في الاثبات
لا يحصل الا على جاحد منكر للمدعى به بدليل ان المدعي
لو قال للحاكم خصمي الغايب مقر عندي انني لا انتفع بما قاله
وحاجتي داعية الى ما عنده وله مال حاضر عندي
فاقض بيني وسلم المال الى فان الحاكم لا يلتفت الى ذلك

ولا يقضي له بالبينة حيث لم يوجد الانكار ولو قال
هو منكر قضي له عندكم وان لم يجب قلنا
كل ما قامت البينة صورة حقا الحق وقولهم لو اقر لا تسمع
البينة قلنا لان البينة انما تسمع لظهور الحق وبالاقرار
ظهر الحق واستغني عن سماعها وقولهم انها تراد للقضا والقضا
يراد للاثبات قلنا لا نسلم بل تراد للتنفيذ والامضا ثم
وان سلمنا انه يراد للاثبات ولكن لا نسلم اعتبار الانكار
فيه ويدل على سقوط اعتباره احكام ثلثة احدها ان
الانكار لو كان معتبرا لنفوذ القضا لما نفذ القضا على
الميت فلين قالوا ينصب القاضي من ينكر عنه قلنا فلينصب
القاضي من ينكر عن الغايب ايضا انه لو ادعى حقا
على شريكين احدهما حاضر والاخر غايب واقام البينة
نفذ القضا على الحاضر والغايب جميعا الثالث والثاني
انه لو كان حاضرا وطالبه القاضي بالجواب فسكت جاز
القضا عليه مع انتفا الانكار من الغايب الثالث

عبد في يد رجل خصم عند القاضي فقال هذا العبد في يدي
ودفعه لفلان الغايب واقام على ذلك بينه وسال ان يامر بالانفاق
عليه فان القاضي يامر بالانفاق عليه ويقضي على الغايب مع
انتفا الانكار منه واما اذا قال المدعي خصمي الغايب مقر قلنا
هذه مسله لا نص فيها للشافعي فلا نسلمها لان قول المدعي
خصمي مقر مجهول منه لانه لا يعلم هل هو مستند الى الاقرار
ام معرض عنه الى الاقرار المنتفع به ما كان في مجلس الحاكم
واقراره في الخلوة لا ينفع فلا فرق اذا بين قوله خصمي منكر او
خصمي مقر في ان الحاكم يقضي عليه وانما تمسكوا بقوله
صلى الله عليه وسلم لعلي كرم الله وجهه حين بعثه الى
اليمن قاضيا لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر
فانك اذا سمعت كلامهما عرفت كيف تقضي بينهما
والجواب قلنا تمام الحديث ما رواه
ابو داود في سننه انه قال اذا جلس اليك الخصمان
فلا تقض لاحدهما حتى تسمع كلام الاخر وهذا يتناول

الحاضر دون الغايب **مسله** قضا القاضي لا يغير
الاشيا عن حقايقها في الشرع ولا ينفذ باطنا عندنا
وقال ابو حنيفه رحمه الله عليه ينفذ ظاهرا وباطنا
ويغير الحكم عند الله تعالى مثال ذلك ما لو ادعى رجل نكاح
امراه لها زوج وهو عالم بان لها زوج واقام على ذلك شاهدي
زور فقضى القاضي بشهادتهما فعندنا تثبت احكام الظاهر
ولا يتغير حكم التحريم فيما بينه وبين الله تعالى وعندهم
ينفذ باطنا حتى يحل له وطيها فيما بينه وبين الله تعالى
ويحرم على الاول وطرد ذلك في العقود والفسوخ
وكلما يدخل تحت ولاية القاضي ساعدونا على عدم النفوذ
باطنا في الحدود والدما والاملاك المرسله ومأخذ النظر
ما اسلفناه في المسله السابقه من كون قضا القاضي اظهارا
عندنا وعندهم انشا وقد دللنا على بطلانه والذي نزيده
ها هنا ان الانشا باجماع المسلمين يفتقر الى شروط من تقدم
طلاق وعقد فيه ايجاب وقبول ومهر وغير ذلك ولم يوجد

شي منها فاي شي انشا فان قالوا فالقضا عندكم اظهار فاذا لم
يكن ثم شي موجود فاي شي يظهر قلنا فهذا هو الحجة لما لم
يكن في مسئلتنا عقد وجد كان قضاؤه باطلا اذ ما اظهر
شيا فان قالوا القاضي يقضي بامر الله فيما اوجب عليه
من الحكم فهو نايب عن الله والنايب فعل المنوب فكان الله
تعالى قال هذه زوجة فلان وحكمت انها زوجته
قلنا هذا باطل فانه نايب عن الله تعالى فيما ظهر لا فيما بطن
فهو يحكم بالظاهر على ما نطق صاحب الشرع ثم نحن نبطل
باحكام عشرة نصوا فيها وهي الحدود والدما والقضا
بشهادة عبدين وكافرين ومحدودين في القذف وبما
اذا ادعى معتقه او مطلقة ثلثا او اخته من الرضاع — نكاحه
وبالاملاك المرسلة واليمين الفاجرة فان القضا جاير في
هذه الصور كلها لوجوده ولا ينفذ باطنا فلين قالوا نحن نقدر — شرطه
وجود النكاح سابقا على القضا تصحيحا للقضا كما في قوله
اعتق عبدك عني على الف درهم فانه اذا قال اعتقت

عتق وبل هذا اولى لانه لما وجب علينا تصحيح تصرف
واحد من المسلمين فلان يجب تصحيح تصرف القاضي
وهو من اعلى طبقات المسلمين كان اولى قالوا ولا يلزم الاملاك
المرسلة فان اسباب ملك اليمين متعددة وتقدير جميعها
متعذر وتقدير بعضها تحكم اذ ليس ادراج بعضها اولى من
ادراج البعض بخلاف النكاح فان ملك المتعة ليس له الا
سبب واحد وهو النكاح فامكن تقديره وادراجه لتصحيح
القضا والجواب قلنا نسلم ان تصحيح القضا ما امكن
واجب لكن تصحيح الشي اعتباره في حق حكمه وحكم القضا
تسليط المحكوم له وتسليم المحكوم به اليه وقد فعلناه اما
تقدير نكاح من غير ناكح وعقد من غير متعاقد وتغيير الحكم
عند الله تعالى فليس من حكم القضا في شي وخرج عن هذا
صورة التماس العتق لوجهين احدهما ان البيع الهما استقلالا لا
حتى لو اتفقا على انشا العقد صح اما طلاق وجه الخبر من
عن ابلا ونكاح الحر دون دنها فليس تقدرا للقاضي الثاني

ان اضمار البيع هناك انما كان تشوفا من الشارع الى
تحصيل الحريه وكذلك تجري فيه السرايه ويكمل ببعضه
ويوبد موقته بخلاف القضا في جميع ما ذكروه ويبطل بالاملاك
المرسله قولهم ان اسباب ملك اليمين متعدده قلنا هذا هو
الحجه عليكم فانه اذا تعددت اسبابه وكثرت طرقه
كان التصحيح اولى ثم يلزمهم سائر الالزامات التي ذكرناها
فان القضا موجود في الجميع وهو يحكم بامر الله نيابة عن
الله كما زعمتم فكان ينبغي ان يسوى الحكم في الجميع وربما
تمسكوا بما روي ان رجلا ادعى نكاح امراه عند علي
رضي الله عنه واقام شاهدين فقالت المراه فقالت المراه
والله ما تزوجني قط فان كان ولا بد فزوجني منه فقال
علي كرم الله وجهه شاهداك زوجاك دل ان القضا بالبينه
من حيث الظاهر ينفذ ظاهرا وباطنا **والجواب**
نقول لم يصح الاثر ولم ينقل في كتاب معتمد وان صح فهو
معارض بما روي عن شريح فانه قال قضاي لا يحل لك ما حرم

الله عليكم **مسئلة** القضا بالنكول باطل عندنا وقال
ابو حنيفه رحمه الله يصح في الاموال وتوابعها واتفقنا
على امتناعه في الحدود والدما وصوره المسئله ما اذا عجز
المدعي عن اقامه البينه فان اليمين تعرض على المدعى عليه
فاذا امتنع عن اليمين ونكل عنها ردت اليمين على المدعي عندنا
وعندهم لا ترد بل يقضى على المدعى عليه بالنكول بشرط
ان تعرض اليمين عليه ثلثا وللمسئله ماخذان احدهما ان
المدعي به لا يثبت بنفس الدعوى عندنا وعندهم نفس
الدعوى مثبته واستدلوا على ذلك بثلثه امور احدها
قولهم ان الدعوى خبر يحتمل الصدق والكذب والظاهر
منه الصدق لان عقله ودينه يبعثانه على الصدق ويمنعانه
من الكذب فكان هو الظاهر لقيام دليله الثاني ان المدعى لو
ابراه مما ادعاه صح الابرا والابرا اما تمليك واسقاط فكل
واحد منهما يستدعي ظهورا وثبوتا لان ما لم يظهر في حكم
المعدوم الثالث انه لو قال الغير ما في يدك لي فهذا المدعي

عليه ليس هو لي لكني لا ادري لمن هو فان المدعي تنزع من
يد المدعى عليه وتسلم الى المدعي ولولا ظهور الحق بنفس دعواه
وثبوته بها لما سلم اليه المال ومقتضى هذا الاصل ثبوت المدعي
في حق المدعى عليه بمجرد الدعوى غير ان الدعوى اذا عارضها
الانكار منع ثبوت المدعى به نظرا الى المعارضة فاذا نكل عن
اليمين بعد عرض الحاكم اليمين عليه وتكرير القول بحيث
وهو مصر على نكوله فقد ترجحت حجة المدعي على حجته
بدليل رد اليمين على المدعي عليه لو بذل اليمين بعد ذلك لا
تسمع لاسقاط الشرع يمينه بعد ذلك دليل قاطع على
رجحان جانب المدعي فعمل الدليل المقتضي للتصديق عمله
والجواب نقول هذا الذي ذكرتموه كله دعاوى
باطلة اما قولكم ان الاصل صدق المدعي فيما ادعاه قلنا ليس
كذلك بل هو خبر متردد بين الصدق والكذب يحتملهما
جميعا فكيف يقال الاصل صدقه وانما الصدق قول
المعصوم المؤيد بالمعجزة فاما احاد الخلق كيف يقال

الاصل صدقه شيئا وقد يكون المدعي كاذبا او زنديقا وقولهم
ان الظاهر من حال العاقل المتدين الصدق قلنا بل الظاهر
من حال الخلق ميلهم الى اهواهم والركون الى عاجل لذاتهم
وشهواتهم ومن يقهر هواه الى هواهم والركون الى عاجل لذا تهم
ويؤثر اخرته على دنياهم فنادر من الجنس بل نقول الاصل
ان الدعوى المجردة لا نعطي بها احدا شيئا الاجنبيه غير ان
الشرع راى ان ذلك لو وقع الاقتصار عليه لحرج حرجا
واقصى عسرا والحسم باب الدعوى وان كان لو حرم لا
بينة له سكت عن حقه ولا يدعيه وفي ذلك ضرر
فشرع الله اليمين زاجرة ومانعة عن الكذب فاذا لم يحلف
المدعي عليه رد اليمين الى المدعي عليه حتى يحلف ويأخذ
ولا نعطي بمجرد الدعوى والسر فيه هو ان اليمين بدا ايمانا
يثبت في حقه او في المتداعي شيئا ومن كان الظاهر
معه كذلك اذا نكل المدعى شيئا ومن كان الظاهر معه
كذلك اذا نكل المدعى عليه عن اليمين فقد ثبتت حجة المدعي

وصار الظاهر معه فكانت اليمين حجة في حقه ولهذا اقتضى
الشافعي اثبات الحق بالشاهد واليمين لظهور الحق في جانب
المدعي حيث اقام شاهدا واحدا غير ان البينة حجة قوية لان التهمة
لا يلحقها واليمين حجة ضعيفة لان التهمة تلحقها فجعل القوية
في الجنبة القوية الماخذ الثاني ان اليمين حق المدعى عليه
عندنا وعندهم هو حق المدعي على المدعى عليه ثبت خلفا
عن المدعي فاذا تعذر عليه الاصل عاد الى الخلف وقرروا
هذا بان الظاهر من حال المدعي ان يتحرى الصدق ويتجنب
الكذب غير ان الشرع جعل للمدعى عليه دفع المدعي باحد
امرين اما ان يدفع اليه ما ادعاه وذلك هو الاصل واما
ان يحلف واليمين بدل وعوض عن الشي الذي استحقه
باصل دعواه قالوا وبيان ان اليمين عوض انه لا يخلوا اما ان
تكون صادقة او كاذبة فان كانت يمينه صادقة فقد برئت
ذمته وان كانت كاذبة فينال المدعي مما اوبق عليه من امر
ذنبه اكثر مما اتوى عليك من امر دنياك ولعله يلحقه

شؤم يمينه الكاذبة فكانت عوضا من حيث هي مسلاة
للمدعي واذا لم يحلف وتعنت وظلم عاد الى الاصل والاصل
صدق المدعي فيما ادعاه وتسليم المال اليه وانما صرنا
الى اليمين لما عجزنا عن الاصل **والجواب** بما اسلفناه
فانا نمنع رجحان الصدق على الكذب في جانب المدعي
ونمنع كون اليمين حقا للمدعي بل هي حق المدعى عليه
على ما سنوضحه وربما ادعوا في المسالة اجماع السلف الصالح
وهو ما روي ان رجلا قال لامراته حبلك على غاربك فرفع
ذلك الى عمر رضي الله عنه فقال والله ما اردت به الطلاق
فلم يحلف فقضى عليه بالفرقة وروي ايضا عبد الله ابن عمر
باع جارية من رجل فوجد فيها عيبا فترافعا الى عثمان
رضي الله عنه فقلت تحلف انك لم تعلم بها عيبا فامتنع
فقضى عليه بالرد وروي ان رجلين ترافعا الى شريح فقال
للمدعى عليه احلف له فقال رد اليمين عليه فقال ليس لك ذلك
وقضى عليه ونقل عن علي وابن عباس مثل ذلك ولم يعرف

لهم مخالف اذ ذاك **والجواب** قلنا لا وجه للمدعي
فان ابن المنذر ذكر في كتاب اختلاف العلماء انه نقل عن ابن
سيرين والنخعي والشعبي مثل مذهبنا وقد قال به مالك
والثوري والشافعي ولو صح اجماع الشاف لامتنع اختلاف
الخلف **مسئلة** الشهادات مسئله بينة ذو اليد
مسموعة مقضي بها عندنا خلافا لابي حنيفة رحمه الله
فانه قال لا تسمع وانما تسمع بينة الخارج وصورة المسئلة
ما ادعى عينا في يد انسان فانكر ذو اليد واقام الخارج بينة
فعارضها ذو اليد بينة فعندنا تسمع بينة ذو اليد كما
تسمع بينة الخارج غير ان اصحابنا اختلفوا في حكم البينتين
مع الاتفاق على ان المدعي يقر في يده فمنهم من قال تعارض
البينتان وتساقطتا وبقي المدعي في يد من هو في يده كان لم
تكن بينة ومنهم من قال ترجح بينة ذي اليد باليد ويبقى
المدعي في يد من هو في يده كان لم تكن بينة ومنهم
من قال ترجح بينة ذي اليد باليد ويبقى المدعي في يد من هو

في يده عملا بالبينة الراجحة ثم الصحيح عندنا ان بينة الداخل
لا تسمع في ابتداء لاستغنائه عنها وانما تسمع معارضة بعد
دعوى الخارج واقامته البينة وقال ابن سريج تسمع بينته ابتدا
اعني قبل دعوى الخارج وقبل اقامته البينة لفائدة اسقاط
اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مستغن بيمينه
عن اقامة البينة ثم لو اقام بينة سمعت اما اذا ابتدا اقامة
بينة من غير منازع عند الحاكم ليسجل ملكه فالمذهب
انها لا تسمع ابتداء وفيه وجه انها تسمع ثم حيث سمعت
بينة الداخل هل يحلف معها ام لا فيه قولان ومأخذ
النظر ان الداخل عندنا مدع من وجه ومدعى عليه من وجه
وعندهم المدعي هو الخارج وذو اليد منكر فحسب والدليل
على صحة ما ذهبنا اليه ان المدعى عليه عند قيام بينة المدعي
صار مدعيا بدليل انه ينتزع من يده ويمينه لا تسمع كالمدعي
ابتدا الا باعتراف له الا ان الداخل لو بدا كانت تعد وحيث
اقام الخارج بينة بطلت فايدتها ببينة الخارج فصار

محتاجا الى الاثبات احتياج الخارج من غير فرق والدليل القاطع
على ذلك ان بينته لا تسمع كما لا تسمع من المدعي بيان الفرق
هذا الوجه هو مدع ومن حيث انه انكر ما ادعاه الخارج منكر
وقد سلم ابو حنيفة رحمه الله ان الشخص الواحد يجوز ان يكون
مدعيا ومدعا عليه كما اذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة
قايمة فيقول البايع بعتك بالفين والمشتري منكر والمشتري
يقول اشتريت بالف فيدعي والبايع يقول ما بعت فينكر
فان قالوا وهو ما اخذهم الدليل على ان ذا اليد ليس بمدع
لامرين احدهما ان المدعي في الشرع عبارة عمن ادعى شيا
يخالف الظاهر ان يدعي شيا في يد غيره او حقا في ذمته
والخارج هاهنا هو الذي ادعى ما يخالف الظاهر لكون
المدعى في يد غيره والخارج منكرا او نقول حقيقة المدعي
من اذا سكت ترك وسكوته والمنكر من اذا ترك الخصومة
لا يترك بدلالة الطرد والعكس والداخل المدعى عليه
هاهنا لو سكت لم يترك وسكوته دل انه منكر

٢٨١

الثاني ان بينة الخارج تسمع ابتدا وبينة الداخل لا تسمع
ابتدا بل معارضة ولو كان مدعيا لسمعت منه ابتدا كما تسمع
بينة الخارج **والجواب** عن الاول ما ذكروه من حد المدعي
اولا باطل بما ذكرناه من صورة اختلاف المتبايعين فان
المشتري ادعى الشرا بالف والبايع ادعى البيع بالفين فما
ادعاه المشتري من حاصل لا يخالف الظاهر اذ الاصل براءة ذمته
عن الالف الزايد ومع ذلك وهو منكر ثم هو معارض بحد
اخر وهو ان المدعي عبارة عمن يخبر عن امر ينفعه وذو اليد
كذلك واما الحد الثاني فباطل بالمودع اذا ادعى رد الوديعة
فانه لو سكت لا يترك وسكوته وهو مدع ثم نقول هذا حد
المدعي من كل وجه والداخل ليس مدعيا من كل وجه بل هو
مدع من وجه فمن حيث هو مدع قلنا تسمع بينته ومن حيث
هو منكر قلنا لو سكت لا يترك وسكوته وهو في
الوجه الثاني ان الداخل لا تسمع بينته ابتدا قلنا نمنع على
قول ونقول تسمع بينته مهما توجهت الدعوى عليه وطولب

باليمين يكون فائدته تمامًا عما استفاط بيمينه ثم نقول جميع ما ذكرتم
ينقض نقضًا صريحًا بما اذا كان الدعوى في نتاج او في الثبوت
الذي لا يتكرر كالامر واحله فانه صاحب يد وهو مدعى عليه
ثم تسمع بينته اجماعًا قالوا هناك البينة سمعت لانها افادت
ما لم تفده ظاهر اليد فانها شهدت باولية الملك فقال
هذا ملكه نتجه شانه وهذا نسج في ملكه اما في مسئلتنا فما
شهدت البينة الا بما شهد به ظاهر اليد قلنا هذا باطل
بما اذا اسند الملك من جهة صاحب اليد الى الاجبار والاقتيا
فانكم قلتم لا تعدم مع انها افادت ما لم تفده وشهدت باولية
الملك فان قالوا انها لو اختلف تاريخ السابق ودم اسبقهما
وبينة الخارج يشهد بالملك السابق فعسى ان يكون مقدمة
قلنا لنا قولان في هذه المسئلة احدهما مثل مذهبكم والثاني انهما
سواء لا ترجيح لاحدهما على الاخرى فاندفع الالزام مسئلة
المحدود في القذف اذا تاب فتقبل شهادته عندنا وقال ابو حنيفة
رحمه الله لا تقبل شهادته ابدًا وشاهدنا على قبول شهادته فيما

لدا

اذا تاب قبل اقامة الحد عليه ومأخذ النظر فيها ان رد
الشهادة عندنا معلل بالفسق فيدور معه وجودا وعدما
وعندهم شرع عقوبة كالجلد فلا يسقط بالتوبة كالجلد وبدل
على صحة ما ذهبنا اليه ان رد الشهادة انما ثبت موجبا
للقذف وللقذف فسق مع قد يرتفع بالتوبة اما كونه موجبا
للرد فدليله انعقاد الاجماع على الرد بعد القذف وقبل
التوبة واقامة الحد ولا حادث سوى القذف دل انه موجب
له اذ لو كان موجبا لغيره لتوقف على وجود ذلك الغير فثبوته
عقيبه يدل ظاهرا على كونه موجبا واما كون القذف فسقا فدليله
انه يجب به الحد والحد انما يجب بالفسق والعصيان ولما
كون التوبة رافعة للفسق فدليله النص والاجماع اما النص
قوله صلى الله عليه وسلم التوبة تمحو الحوبة وقوله عليه السلم
التائب من الذنب كمن لا ذنب له واما الاجماع فهو انا
وان اختلفنا في ان الاستثناء في النص هل يعود الى جميع الجمل
ام يختلف في ان الاستثناء في النص عوده الى الجملة الاخيرة

قوله واولئك هم الفاسقون واذا ثبت ارتفاع المانع وجب
ان يعود ما كان الى ما كان اما الحنفية فانهم زعموا ان رد الشهادة
عقيب القذف من نوع عقوبة وحد كالجلد ثم اجمعنا على الجلد
لا يرتفع بالتوبة فكذلك رد الشهادة واستدلوا على ذلك
بثلاثة امور احدها ان الله تعالى عطف رد الشهادة على الجلد
فقال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والعطف
يقتضي التشريك بين المعطوف والمعطوف عليه في المعنى
واذا كان الجلد عقوبة وحدا كان الرد ايضا حدا الثاني ان رد
الشهادة مولم لقلبه كما ان الجلد مولم لجسده فصلح حدا
الثالث ان الحد من نوع ردعا وزجرا ورد الشهادة
يحصل به الردع والزجر لما فيه من قطع لسانه وابطال
كلامه فصلح حدا بالاولى لان الجلد في غير آلة الجناية
ورد الشهادة مختص بآلة الجناية وهو اللسان والجواب
هو انا لا نسلم ان رد الشهادة عقوبة بل هو موجب فسقه على
ما سبق ثم ان العطف يقتضي التشريك من وجه ولا يقتضي

التشريك من كل وجه ودليله قول الشاعر
ولقد ابيت في الوغى متقلدا سيفا ورمحا والرمح لا يتقلد
وانما يرتبط الا انهما لما اشتركا من وجه وهو ان كل واحد
منهما آلة للحرب عطف احدهما على الاخر وما ذكروه من الوجهين
الاخرين معارض بوجهين اخرين احدهما ان حقيقة العقوبة
ما كان فيه الالام والايجاع والتنكيل وليس في رد الشهادة شيء من
ذلك ولا فيه تعويق امر يعود الى دينه اذ قد لا يكون لمعرض
شهادته عند الحكام اصلا فكيف يقال هو عقوبة ولئن قالوا
قصد تنفيذ قوله فرد قلنا ولم يقصد ذلك بل قصد الاخبار
لان حقيقة الشهادة خبر عما مضى وخبره مقبول في الرواية
بالاجماع فبطل كونه عقوبة الثاني ان الحد ما شرع ردعا للعامة
وزجرا للقاذف وهذا معدوم في رد الشهادة لان من الناس من
يشهد ومنهم من لا يشهد ومن يشهد فقد يمضي برهة من الدهر
لا يشهد ثم منهم من يتأثر برد الشهادة ويتعير ومنهم من لا يتأثر
ولا يتعير فلم يصلح رد الشهادة حدا ثبت بذلك ان الموجب لرد

لرد الشهادة هو الفسق وقد زال بالتوبة وارتفع بارتفاعها فان قالوا
العلل الشرعية امارات ودلالات على الاحكام والعلامة
انما تعتبر وجودها في الابتدا اما في الدوام فقد يبقى ويبقى
الحكم كما في البيع والنكاح وساير الاسباب الشرعية وكذا
كثير من افعال الحج كالسعي بين الصفا والمروة ورمي الجمار وغيرها
فانها شرعت لمعاني ثم استمرت الاحكام بعد زوال تلك المعاني
قلنا الامثلة المذكورة لا تنافي ما ادعيناه لان البيع والنكاح
وساير الاسباب الشرعية تستحيل بقا احكامها بعد
ارتفاعها في الدوام عند من يقول ان الحكم في الدوام لا يفتقر الى
بقا السبب وفرق بين الانعدام والارتفاع بل نظير ما ادعيناه
بقا الملك والزوجية مثلا بعد فسخ البيع والنكاح فانه ممتنع
قطعا فنسبة التوبة الى الفسق كنسبة الفسخ الى البيع والنص
دل عليه واما افعال الحج فلا نسلم تعليلها بالمعاني بل نقول انا
امرنا بها تعبدا وبالتشبه بالانبيا الماضين فان مبنى الحج على
التعبدات فان قالوا هذا قياس مصادم لحكم النص القاطع

وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا
فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم
الفاسقون نص على ردها مطلقا الابد فيجب ان لا تقبل شهادته
كان تاب او لم يتب والجواب من وجوه ثلثة احدها
انا لا نسلم انها تقتضي رد الشهادة على الاطلاق بل المراد
بقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا اي ما داموا مصرين على
القذف والرمي بمعنى الاصرار على القذف ترك التوبة واكذاب
النفس فانه باق حكما وتقديرا الى ان يتوب فاذا تاب زالت
احكام القذف فقد زال القذف وارتفع من كل وجه وهذا
كقوله تعالى ولا تصل على احد منهم مات ابدا اي ما دام مصرا
على ضلالته وكفره وعليه حمل ابو حنيفة رحمه الله قوله عليه
السلام لا يجتمع المتلاعنان ابدا معناه ما داما متلاعنين
فاذا كذب نفسه وخرجا ان يكونا متلاعنين زالت احكام
اللعان الثاني ان الله تعالى استثنى التائبين من القاذفين
فقال الا الذين تابوا والاستثنا اذا تعقب جملا عاد الى جميعها

لوجوه بيناها في كتاب تخريج الفروع على الاصول والذي يكفي
به هاهنا مسئلة قطيعه وهي ان الاجماع منعقد على ان الانسان
اذا قال لفلان علي خمسه وخمسه الا سبعه انه يكون مقرا بثلثه
ولو كان الاستثنا يختص بالجمله الاخيره لكان مقرا بعشره لان
الاستثنا حينيذ يختص بالخمسه الثانيه ويكون مستثنا مستغرقا
بل زايدا عليه والاستثنا المستغرق باطل قطعا وحيث اتفقنا
على انه يكون اقرارا بثلثه دل العطف على جميع الجمل فان قالوا لا
خلاف ان الحد لا يسقط بالتوبه ولو عاد الاستثنا الى جميع الجمل
لسقط قلنا انما لم يسقط الحد بالتوبه لان المغلب فيه حق الادمي
فلا يسقط الا باسقاطه به لا لخلل في اقتضا الصيغه او
نقول مقتضى النص سقوط الجميع بالتوبه غير انه ترك العمل به
فيما عداه كالعام اذا دخله التخصيص فانه يبقى حجه في الباقي
الثالث انا نعارضه بالحديث الصحيح عن الزهري عن سعيد
بن المسيب عن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال توبه القاذف
اكذابه نفسه فاذا تاب قبلت شهادته وهذا وان كان احادا

غير انه مويد بقياس الاصول فان ساير الجنايات كالزنا والسرقه
توجب الحدود والشهاده ثم ترتفع بالتوبه وما ذكروه مخالف
لقياس الاصول فيبقى بلا ان وفي صرفه الى ما ذكرناه من
التاويل جمع بين النصين فيتعين المصير اليه **مسئلة** شهاده
الكفار مردوده على الاطلاق عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله
تقبل شهاده بعضهم على بعض مع تباين دياناتهم وتناقض مذاهبهم
فتقبل شهاده اليهود على النصارى والنصارى على اليهود
والمجوس لا خلاف في ان شهاده الكفار غير مقبوله على المسلمين
وماخذ النظر فيها اختلاف الامامين في المعنى الموجب
لرد شهادتهم على المسلمين فمستند الرد عند الشافعي
هو فسقهم دون العداله الدينيه اذ لولا ان المانع العداوه
لما قبل شهاده المسلمين عليهم كما لم تقبل شهادتهم على المسلمين
اذ العداوه ~~لما قبل شهاده~~ الطرفين فلم يختص احداهما
بالرد دون الاخر وانما لما حكم الله تعالى على هولا الكفار
بالتكذيب والفسوق ردت شهادتهم قال الله تعالى الذين

اتيناهم الكتاب يعرفونه كما يعرفون ابناهم وان فريقا منهم ليكتمون
الحق وهم يعلمون وقال تعالى يحرفون الكلم عن مواضعه وقال
تعالى وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا فلما جاهم ما عرفوا
كفروا به فلعنة الله فاخبر الله تعالى بكفرهم وتحريفهم وانهم كتموا
اسم النبي صلى الله عليه وسلم واشتروا به ثمنا قليلا واخفوا اعلام
نبوته ودلايل بعثته مع معرفتهم وعلمهم بذلك قال الشافعي
رحمه الله ومعلوم ان من كتم شعرا او قتيلا لم تقبل شهادته
فهذا الذي كتم البعثه وبشاير النبوه فهذا الامر العظيم
اولى ان ترد شهادته كيف وان الكذب حرام في كل شرع فمن
كذب مع علمه بذلك كان فاسقا قطعا فلان يرد وذا الشهاده
فان قالوا فالذين حرفوا فريق منهم لا كلهم فكيف ترد شهادة الجميع
قلنا لانهم اختلطوا فلا نعلم الملابس من غيره فرددنا الجميع
احتياطا واذا ثبت ان الموجب لرد شهادتهم على المسلمين
هو الفسق فهذا المعنى يمنع ايضا قبول شهادة بعضهم لبعض
وعلى بعض وان لم يكن هناك عداوه وزعمت الحنفيه ان

الموجب لرد الشهاده على المسلمين كون الشهاده من قبيل الولا يات
والكافر لا ولايه له على المسلم وله ولايه على اهل دينه اما بعضهم
على بعض فهم كالشي الواحد فان بعضهم اوليا بعض فالواو الدليل
على ان الشهاده ولايه المعنى والحكم اما المعنى هو ان حقيقه
الولايه تنفيذ قوله على الغير هذا موجود في الشهاده واما
الحكم هو ان كلما في هذه الولايه نافي الولايه الاخرى كالرق
والكفر وما قدح في احديهما قدح في الاخرى كالا نوثه
والجواب من وجهين احدهما انا لا نسلم ان الشهاده
ولايه بل حقيقة الشهاده خبر عما مضى وقولهم انها تنفيذ
قوله على الغير قلنا ليس قوله منفذا انما هو مظهر والتنفيذ
حكم الشرع ويدل على صحه ذلك ان الولايه تفتقر الى نظر
وهذا انفرد من الشاهد على الامام المعظم فان الولايه من
هذا بل حقيقه الولايه جاريا في الحال والشهاده خبر عما مضى
فلا يلتقيان الثاني ان المسلم تقبل شهادته على الكافر ولا ولايه
للمسلم على الكافر فان المسلم لا يلي ابنه الكافر بل الكافر يلي

في ولاية بعضهم على بعض فإن قالوا الفسق كما بينا في الشهادة
ينافي الولاية عندكم وقد قال الشافعي رضي الله عنه ولي
الكافر كافر قلنا هذا متأول ومعناه ترك التعرض لهم والإضراب
عما يفعلونه صفحا كما قال تعالى نوله ما تولى ونصله جهنم
أي نضرب عنه فنصله جهنم كذلك نولي الكفار أي نتركهم
ولا نتعرض لهم لا أن لهم ولاية فإن قالوا فيلزم على هذا أن تكون
أنكحتهم باطلة وقد قال صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من
سفاح قلنا إنما صححناها ولا نتعرض لهم لا سيما ولا بإثبات
الولاية شرطا في حقهم ولا الشهادة إنما الذمي إذا
زوج ابنته من مسلم فنقول لا ولاية له في تزويج ابنته فإن
قالوا كيف يقبلون شهادة أهل البدع والأهواء والخوارج
وغيرهم مع كونهم مخالفين لما هو معلوم في الشرع وقد قال
الشافعي رضي الله عنه وأقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية
من الرافضة فإنهم يتدينون بالكذب ويشهد بعضهم
لبعض بالزور قلنا الذين حكمنا بكفره فلا تقبل شهادته ومن لا

يحكم بكفرهم ما تقولون أنتم هل شهادتهم تقبل على أهل السنة
أم لا إن قلتم تقبل قلنا فهذا هو الفرق فإن الكفار لا تقبل شهادتهم
على المسلمين وإن قلتم لا تقبل قلنا فهم كالمسلمين مع الكفار
تقبل شهادتهم على الكفار ولا تقبل شهادة الكفار على المسلمين فقد
ظهر الفرق واندفع الإلزام مسألة القضاء بالشاهد ويمين
المدعي جائز عندنا في الأموال وما يقصد منه المال أما المال فكالقرض
والدين وقضاء الدين والغصب وأداء مال الكتابة وما أشبه ذلك
وما المقصود منه المال كالبيع والصلح والرهن والإجارة وجناية
الخطأ والعقد الموجب للمال والإحالة والإقالة والخيار ونحو ذلك
فكل هذا الحكم فيه بشاهد ويمين وما عدا ذلك من النكاح والطلاق
والخلع والرجعة وجناية العمد الموجبة للقود والوصية والوكالة
وغيره وغير ذلك فلا يحكم في شيء منها بشاهد ويمين وقال أبو حنيفة
رحمه الله لا يجوز القضاء بالشاهد واليمين أصلا والمسألة من
جانبنا خبرية لا مطمع للقياس فيها ومستند الشافعي فيها
الأحاديث المستفيضة البالغة رتبة التواتر في الوضوح

منها ما رواه امام دار الهجرة مالك في موطاه عن سهيل ابن
ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى
بشاهد واحد ويمين الطالب وروى علي ابن ابي طالب كرم
الله وجهه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر وعمر
بشاهد ويمين وروي ان الزبير ادعى على رجل حقا فانكر
فقال له النبي صلى الله عليه وسلم شاهداك او يمينه فقال
يشهد لي سمرة ابن جندب وفلان فشهد فلان ولم يشهد
سمرة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم احلف مع شاهدك فقال
نعم احلف فقضى له وروى عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن
ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد
قال عمرو ذلك في الاموال فهذه الاخبار كلها متطابقة
متناطقة دالة على العمل بما قلناه ورويناها الصحة عشر نفسا
من الصحابة منهم الخلفا الراشدين رضوان الله عليهم اجمعين ومنهم
ابن عباس وابي ابن كعب ومعاذ ابن جبل وجابر ابن عبد الله
والزبير وابو هريرة وعبادة بن الصامت والبراء ابن العازب

وفقها المدينة السبعة وهم سعيد ابن المسيب وسليمان ابن
يسار وخارجة بن زيد وعروة بن الزبير وابو سلمة بن عبد الر حمن
وابان ابن عثمان وقبيصة بن ذويب وهذا دليل اشتهار
هذه الاخبار واستفاضتها واجماع الصحابة على العمل
بها ثم كل هذه اخبار عن فعله واحدة وقضيته واحدة لا يمكن
ادعا العموم فيها وانما يحمل على موضع واحد فكان اولى
المواضع بالحمل عليه ما فسره الراوي وهو انه روي في حديث عمرو
بن دينار عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين
مع الشاهد قال عمرو ذلك في الاموال ولان الاموال تتبع
وتكثر وامرها اخف من غيرها لانه يحكم فيها بشاهد وبن شا هد
وامرا من اليد ايضا تخفف امرها فجاز ان يحكم فيها بشاهد ويمين
دون غيرها والحنفية على الحديث شبه اشوله اولها قالوا
لو ان هذا الحديث صحيحا لخرجه مسلم والبخاري في صحيحيهما
فلما لم يخرجه الشيخان دل على ضعفه الثاني قال يحيى بن معين
لم يصح في اليمين مع الشاهد حديث الثالث رواه سهيل ابن

ابن ابي صالح وهو ضعيف لانه كان يقول حدثني ربيعه
عن ابي حدثته الرابع قالوا هذا خبر واحد فيما تعم به البلوي
فلا يقبل الخامس انه معارض بحديث مجمع على صحته وهو
قوله صلى الله عليه وسلم البينه على المدعي واليمين على من انكر
وانتم تجعلونه على من يدعي السادس ان الله تعالى ذكر
مراتب البينات اعلاها وادناها ومن رجلا وامراتين
ادنى مراتب الشهاده وادا شرعتم الشاهد واليمين
فقد نسخ الكتاب بخبر الواحد وذلك لا يجوز والجواب
عن الاول ان البخاري لم يخرجا جميع الصحاح وانما خرجا
ما وقع اليهما وقد خرج بعدهما جماعه على شرطهما
كسنن النسائي وسنن الترمذي وسنن ابي داود وغيرها
وايضا فان كان الشيخان ما ذكراه فقد ذكره مالك في موطا
وهو اقدم واول من دون الاخبار وسمي الموطا لانه تواطا
على صحته اهل المدينه وعلماوها وعن الثاني ان الطعن
المذكور لم يصح عن يحيى بن معين لو صح لم يكن فيه قدح

لانه ان لم يصح عنده فقد صح عند غيره وليس هذا مما يمكن
ان يطعن فيه يحيى لانه يرويه جماعه الصحابه وعن الثالث انه
لا يوجب قدحا لان سهيلا اصابه علة في اخر عمره فنسي ما
رواه فكان يرجع الى نفسه من تلامذته فيروي عنهم والنسيان
متطرق الى الانسان على انه قد روي عن ابي هريره من
غير هذا الطريق فقد رواه ابو الزناد عن الاعرج عن ابي
هريره فاندفع السوال وعن الرابع قلنا ليس هذا خبر واحد
بل هو في استفاضته واشتهاره يجري مجرى التواتر
الثاني انا لا نسلم ان ذلك تعم به البلوى بل قد تمضي
عصور ودهور فلا يقع ذلك ولا يقضي به الثالث انكم
ناقضتم في ذلك فعملتم بخبر الواحد فيما تعم به البلوي
في الوتر والاضحيه وتثنيه الاقامه ولا شي اظهر من هذا
ولا اشهر وعن الخامس ان المراد بالحديث ان هذا القدر
هو الذي يقتصر عليه في حق كل واحد ولا يقنع عنه
دون ذلك فاما ان لا يقبل شيا اخر مع عدم البينه

فليس فيه ما يدل على ذلك ويدل عليه ان القضا بالنكول
والشاهد واليمين ما ذكره والقضا به جاير واما قوله اليمين
على من انكر اراد به جنس النفي اما يمين الاثبات فهي للمدعي فان زعموا
العموم منعنا وقلنا الالف واللام للمعهود السابق فهاهنا
والمعهود السابق هو اليمين المعتاده في الاعم الاغلب للنفي
فلما قلنا نعم عليه البينه وعن الشاهد دل ان مراد الله تعالى
ذكر البينات التي تستقل بانفسها فاما ما لا يكون حجه الا
مضافه عنها فلم يذكر ولم يقصد بيان المزدوجات والمركبه
من جنسين او نقول ذلك بيان حجه هي شهاده وما نحن فيه
حجه هي شهاده ويمين فهذه الحجه غير تلك فالحديث اذن
عن ناسخ للايه فان قالوا فلم لم تقضوا به في الحدود والقصاص
قلنا لان الحديث ورد في الاموال فاتبعنا مورد النص لتكون
المسله لمستثنى قياسه **مسله** شهود الطلاق
اذا رجعوا وجب عليهم الضمان عندنا وصورة المسله
ما اذا شهدوا عليه بطلاق زوجته ففرق الحاكم بينهما

ثم رجعوا وان كان ذلك بعد الدخول غرموا مهر المثل للزوج
وان كان قبل الدخول ففيه قولان احدهما انه يرجع عليهم
بنصف المهر وهو القدر الذي غرم للزوجه والثاني
وهو الاصح انه يرجع عليهم بكمال المهر لان ملك الزوج على
البضع قبل الدخول يتنزل منزلة ملكه عليه بعد الدخول بدليل
ما لو خالع زوجته على عوض فاسد قبل الدخول فانه يستحق
عليها كمال مهر المثل كما لو فعل ذلك بعد الدخول وقال
ابو حنيفه رحمه الله لا غرم عليهم بعد الدخول اصلا و بل يلزمهم
نصف المسمى قبل الدخول ومأخذ النظر فيها ان منافع
البضع لها ماليه متقومه عندنا وعندهم غير متقو مه
بالنظر الى ذاتها ولا ما اليها فلا يمكن ان يغرم بالمال
في مقابله ما ليس بمال معقول دليل ماليتها احكام خمسه
احدها المفسده تضمن المرضعه للنكاح الثاني اخذ
العوض عنها في الخلع الثالث وجوب المهر في النكاح و وطي
الشبهه والطلاق قبل الدخول فان قالوا الدليل على انها

للبنت بمال وصاحب الارواح الا بعد صاحب
مال في العادة ومن تزوج لا يقال حصل مالا وانما قابلها الشرع
بالمال في المسايل المذكوره احتراما وتشريفا وتعظيما لشان
البضع كما قابل الحر بالمال ان كان لا يدم له من مال لكن اوجب
المال صيانة عن الاهدار واذا بطل كونه مالا بطل ايجاب
الضمان في مقابلته كما في اتلاف الخمور المحترمه وجلود
الميتات وعلى هذا فان حقه ثابت فيها ومع ذلك لم يضمن الجلود
والاتلاف قلنا ان ادعيتم في تسميتها مالا فلا نسلم
فيه ولا غرض في هذا الاسم لكنا نقول هي منفعة مقصوده
مطلوبه وهذا هو مناط الرغبات ومتعلق الحاجات
ولا يمكن تحصيلها الا بمال فكانت متقومه والضمان
في الاصل انما وجب دفعا للضرر وقد تحقق هاهنا
ومهر المثل طريق الى دفعه فليجب فان قالوا اما هو في مقابله
المال قد استوفاه الزوج وهي الوطيه الواحده وما بقي
من الوطيات ليس مقابلا بالمال فكيف يقال قد احالوا

بعينه وليس مما هو مقابل بالمال والفقه فيه هو ان الملك بالنكاح
ملك ضروري ولهذا لا يقبل النقل والاعتياض وانما
يظهر اثره في الاستيفا فيملك الزوج قدر ما استوفاه
من المنفعه اما ما لم يستوف فلا يدخل في ملكه ولا يظهر
اثر الملك فيه بل هو على ملك الزوجه والذي يدل عليه
انها لو وطئت بشبهه في نكاحه فان المهر يصرف اليها
ولو كانت المنافع حقا له مطلقا لوجب الضمان له لا لها
قلنا ان القياس يقتضي ان لا يقابل وطيه واحده بالمهر
جميعه غير انه تعسر توزيعه على الوطيات ولم يمكن تعطيل
الوطيات عن المهر قلنا عسر التوزيع وتعذر التعطيل
جعلناه في مقابله الواحده على خلاف القياس فقد صار
القياس ان المهر في مقابله جميع الوطيات فقد فوتها عليه
منفعه مقصوده يستوفي فيه في مستقبل الزمان فان
قالوا هو ما حدهم ضمان العدوان يعتمد المماثله ولا مماثله
ثم بين منافع البضع وما يوجبونه من الدراهم والدنانير

قلنا المماثله معتبر صوره ام معنى الاول ممنوع وهو عن عقلو
اجماعا فانا نضمن الابل بالدراهم مع انتفا المماثله من حيث
الصوره والثاني مسلم وقد وجد فانهما متساويان في
التقويم والملك ثم هو باطل بعين الحر فانه مضمون بالمال
مع انه ليس مثلا للمال فان قالوا ما ذكرتموه من تفويت البضع
على الزوج يبطل باحكام ثلثه احدها المراه اذا ارتدت
بعد المسيس فانها فوتت البضع ثم لا تضمن اجماعا الثاني
ما اذا قتلها اجنبي فلا يضمن المهر مع وجود الحيلوله بالقتل
الثالث انه لو وطيها واط بالشبهه فانه لا يضمن حق
الزوج مع كونه مفوتا للبضع والمعنى اذا ظهر العاويه
امتنع بنا الحكم عليه قلنا اما المراه اذا ارتدت فانما لم
تضمن لان الرده ارتفع السبب المفيد للاستحقاق
فحصلت البينونه بعد ارتفاع السبب اما فيما نحن فيه
فقد حصل الحيوله بينه وبين الحا مع قيام السبب
وبقايه فان قالوا بل في مسلتنا ايضا اذا اشهدوا بالطلاق

وحكم الحاكم فقد حصل ارتفاع للسبب لان عندنا وان
كانوا شهود زور بحكم الحاكم ينفذ ظاهرا وباطنا قلنا
لا نسلم بل العقد عندنا ما ارتفع وهي في الباطن زوجته
والمسله مبنيه على هذا الاصل وقد دللنا عليه في تلك
المسله فرفع ماخذ المسله وبرها الى هذا الاصل
وهو ان القضا بشهاده الزور هل ينفذ باطنا ويرفع
السبب ويلحق مسلتنا بمسله الرده والقتل ولا
ينفذ باطنا حتى يكون الحيوله الحاصله بشهاده الشهود
مع قيام السبب المبيح في حق الزوج فافهم ذلك ثم
الفرق المعنوي بين مسلتنا والمسايل المذكوره ان القتل
والرده لا يقصد بهما رفع الطلاق بل يقصد بالقتل
ارهاق الزوج وبالرده امر اخر فحصل فوات منافع البضع
تبعا فلم يضمن كالمحرم اذا قطع يده فانه لا يجب عليه
ضمان الشعر وان كان قد فوته لما حصل الفوات ضمنا
لا مقصودا اما بالشبهه فقد سبق الجواب عنه والله اعلم

مسألة العتق لا يعتق بالقرابة غير
الوالدين والمولودين عندنا وهم الآبا والأمهات والأجداد
والجدات والأولاد وأولاد الأولاد قربوا كانوا أو
بعدوا وارثا أو غير وارث يقع عليه اسم الولد حقيقة
أو مجازا فإنه إذا ملكه عتق عليه وقال أبو حنيفة
رحمه الله كل من كان ذو رحم محرم بالنسب فإنه يعتق
بالملك فيدخل في هذا الإخوة والأخوات وأولادهم
والأعمام والعمات والأخوال والخالات ويخرج منه
أولاد الأخوال وأولاد الخالات وأولاد الأعمام وأولاد
العمات ومأخذ النظر فيها الفرق والجمع وذلك أن الذي
يقتضيه القياس الكلي والأصل الجلي أن لا يعتق شخص على
شخص بحال لأن المقصود من الملك الاستمرار والدوام
واستثمار الفوائد واستنتاج المقاصد والعتق يقطع
ذلك غير أن الشرع استثنى في هذا الأصل عتق الوالدين
والمولودين أما الوالدين فقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي

ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه واما المولودين
فقوله تعالى وقالوا اتخذ الرحمن ولدا سبحانه بل عباد مكرمون
وقوله وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات
والارض الا آتي الرحمن عبدا فنفى تعالى الولادة عن نفسه
واثبت العبودية فثبت ان الولادة والعبودية لا يجتمعان
ولان الولد جزء من ابيه فانه مخلوق من ماء الرجل والمرأة
فهو يجري مجرى نفسه فقد ثبت ان من ملك نفسه
بان كان عبدا فاشترى نفسه من سيده عتق كذلك اذا
ملك من يجري مجرى نفسه وهو جزؤه اذا ثبت هذا
فنقول الشي انما يلحق بالشي اذا شاركه في المعنى وساواه
فلا يفارقه الا فيما لا اثر له وقد راينا الشرع خصص
قرابة البعضية باحكام ومزايا وخصائص وقضايا لا
تلفى في غيرها منها ان المكاتب لو اشترى اخاه لا يتكاتب
عليه ولو اشترى اباه يكاتب عليه ومنها رد شهادة
بعضهم لبعض بخلاف قرابة الرحم ومنها تحريم صرف

الزكوة ووجوب النفقة مع اختلاف الدين وتحريم حليلة
احدهما على الاخر بنص القران فان ذلك كله يختص به
الاصول دون الفروع وبعد ظهور هذه الفوارق لا يتجاسر
على الحاق غيرهم بهم الا بدليل فان قالوا النص قد ورد في
الاب وغيره قال صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق
عليه قلنا لو صح الحديث لكنا اول قائل به لكن يرويه الحر ابن
عمار عن سمرة ولم يسمع الحسن عن سمرة الا ثلثة احاديث
ليس هذا واحدا منها وقيل انه لم يسمع منه الا حديث العقيقة
وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل رهين بعقيقته يذبح يوم سابعه
ويحلق ويسمى فان قالوا الشرع ورد باعتاق الوالد ومعلوم
ان الوالد اختص باحكام غير موجودة في حق الابن من الولاية
عليه وانتفاء القصاص عنه بسبب ولده وبالرجوع في الهبة
وغير ذلك الولدية وقلتم شرا الوالد ولده كشرا الولد والده
فلما لم تلحق الابن بالاب قياسا بل استفدنا عتق الولد من النص
والاجماع اما النص فما بيناه واما الاجماع فقد اتفقت

الامة على ان قرابة البعضية تعم الاصول والفروع في اقتضاء
العتق والاجماع حجة قاطعة يرجع اليها سواء عقل المعنى
الذي استند اليه الاجماع او لم يعقل ومعلوم انا نقطع القياس س
بخبر الواحد والمظنون فبالاجماع اولى فان قالوا اليس
الشرع ورد بسراية العتق في العبد المشترك ثم الحقتم به
الامة وان كان سراية العتق على خلاف القياس قلنا
لان العبد والامة لا يتغير فان الاولى للذكورة والانوثة
وهذا مما لا اثر له في الحكم اذ لا يسبق الى فهم ذي فهم فرق
بين الامة والعبد في السراية اما هاهنا بين قرابة البعضية
وقرابة غير البعضية بون واختصاص باحكام كثيرة يدل
على قطع احدهما عن الاخرى على ما بيناه فلا يمكن الحاقها
بها فان قالوا الكلام اي يريد الشرع قصدا ان هذه القرابة عن
الابتذال باهون المملكين وادونها فانه حرم المناكحة
بسببها لما في ذلك من الابتذال والاعراض وكونه رقا مشتبها
بالرق الحقيقي واذا اصيب عن الابتذال باهون المملكين

واضعفهما فلان نصا ربا على المالكين اولى والجواب
من وجهين احدهما منع المعنى الذي ادعاه فان النكاح
على الحقيقة وصله وصله وفيه صيانتها وستر عورتها
والتكفل بقوتها وطهن مثل الذي عليهن بالمعروف ثم هو باطل
من اصل ابي حنيفة فان عنده يجوز الاحتكام على الصغيرة
اليتيمة وارفاقها في النكاح وتقول النكاح من المصالح وفيه
جلب منفعة لها وتحصيل الكفو الراغب وعرد لك الثاني
ان ذلك ينتقض بالرضاع فانه يحرم النكاح ولا يمنع من
الابتدال بملك اليمين وقد منع الادنى وهو منع الا
على وكذلك عنده يجوز شرا الكافر العبد المسلم ولا يتزوج
الكافر مسلمة فان قالوا فبماذا تعلل تحريم النكاح قلنا
الصحيح انه غير معلل وان عللنا فيما اشار اليه صاحب
الشرع قال صلى الله عليه وسلم اغربوا ولا معناه
ان في القرابة الفة واستندا امه عشيرة وخلطة دائمة
تعمر الشهوة وتعلل الداعي فيظفر الله الولد نضوا اصلا

فاما الاعراب لهذا المعنى وهو تفوته الولد الا لما ذكر وه
من الابتدال مسئلة اذا قال لعبده الذي هو
اكبر سنا منه انت ولدي ولعبده الذي هو اصغر سنا
منه هذا ابني لم يعتق وقال ابو حنيفة يعتق ولا يثبت
نسبه وماخذ النظر فيها ان المجاز عندنا خلف عن الحقيقة
في الحكم فليدعى تصور الحقيقة في نفسها وعند ابي حنيفة
رحمه الله المجاز خلف عن الحقيقة في التكلم والنطق
لا في الحكم بل المجاز اصل بنفسه وزعم ان اللفظ اذا وجد
وتعذر العمل بحقيقته وله مجاز متعين صار مستعارا
بحكمه بغير نيه كما قال في النكاح بلفظ الهبة والدليل
على صحة ما ذهبنا اليه ان نقول الاصل بالاحكام على
الخطابين اللغوية دون الالفاظ غير ان المجاز اقيم مقام
الحقيقة لقربه منها اتساعا في النطق وشرط ثبوت
الحكم في الخلف امكان ثبوته في الاصل واحتج الخصم
بان صحة التكلم والنطق لا يتوقف على احتمال الكلم بدليل

ما لو قال لزوجته انت طالق الفا الا تسعمايه وتسعه وتسعين
فانه يقع عليها طلقه وان كنا نعلم ان ايقاع ما زاد على
الثلث من طريق الحكم غير ممكن لكن لما كان من حيث
التكلم صحيحا صح اذا ثبت هذا قالوا البنوه سبب
للعتق والتعبير بالسبب عن المسبب احدى جهات
المجاز فكان قوله انت ابني كقوله عتقت علي حين
ملكتك نعم كون البنوه سببا للعتق متلقى من الشرع
كما ان كون السحاب سببا للمطر متلقى من دليل العقل
وكون المسيس سببا للوطي ماخوذ من العرف لكن بعد
ان ثبت السببيه من حيث تلقينا من اطلاق اللسان
التعبير بالسبب عن المسبب قالوا ولا نسلم ان البنوه
لم تثبت حقيقه ثبت حكما للبنوه اذ لو كان كذلك
لكان حقيقه لا مجازا لكنا جعلناه بذكر السبب ذاكرا
للمسبب محل العتق بلفظه لان من استعار لفظا
عن موضوعه فالمذكور حكما هو المستعار دون اللفظ

فيتعين المصير اليه صونا لكلام العاقل المكلف عن الالغا
فانه واجب بقدر الامكان **والجواب** قولهم
انا نعتبر اللفظ بطريق المجاز كلام لا حاصل له لان العتق
حكم البنوه شرعا لا لغه والمعاني اللغويه لا تعرف بالاحكام
الشرعيه لان اللغه سابقه والشرعيه لاحقه ويستحيل
تلقي اللغه السابقه من غير الشريعه اللاحقه فان قالوا
هو جايز ان يعبر به في الجمله ويعبر به عنه قلنا مسلم ولكن
اين دليل القصد والغايه وهذا لا نسلم ان الرجل لو قال حل
اذا قال لعبده انت ابني وقصد به العتق كان كنايه
صحيحه ولو فسر كلامه ههنا قبل وانما النزاع فيما
اذا اطلق ولم ينو او نوى الحقيقه واما مسله الطلاق
فلم يصح استثنا الطلقه من الالف وانما صح استثنا
الطلقه من ثلثه وقوله فيما زاد على الثلث هذيان ولغو
قلنا قالوا ايلزمكم ما اذا قال لمعروف النسب هو ابني
فانه يعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه قلنا تمنع

على احد الوجهين ثم نقول لا يصح العتق ايضا وعلى التسليم
نقول الفرق بينهما ان هاهنا اقر بما هو ممكن لان الانسان
يقع فيها الاشتباه في مولود يشتهر بالنسبة الى
شخص وفي علم الله من اخر فاذا قال هذا ابني امكن ان
يكون منه فما اقر بما يقطع ببطلانه بخلاف ما نحن فيه
فانه اقر بما يقطع ببطلانه قطعا مسألة . اذا اعتق
شقصا له في مملوك فان كان موسرا سرى الى نصيب
شريكه وغرم له القيمة وان كان معسرا نفذ العتق في
نصيبه ولا يسري الى نصيب شريكه بل بقي على حكم
الرق لا يختلف القول فيه ومتى حكم بسرايته في صورة
الموسر ففيه ثلاثة اقوال احدها ان يسري بنفس اللفظ
والثاني يسري بدفع القيمة والثالث انه يكون موقوفا
فان دفع القيمة تبينا انه عتق من حين اللفظ وان لم
يدفع تبينا انه لم يعتق قال ابو حنيفة رحمه
الله العتق لا يسري بحال موسرا كان المعتق او معسرا

وانما يستحق اعتاق النصيب الاخر فان كان المعتق معسرا
كان شريكه بالخيار من ان يعتق نصيب نفسه ويكون الولاء
بينهما ومن ان يستسعيه في قيمة نصيبه فيجب عليه
ان يسعى ويكتسب ليخلص نفسه فاذا اداها اليه عتق
وان كان موسرا كان شريكه مخيرا بين ما ذكرناه
ومن ان يغرم شريكه المعتق قيمة نصيبه فيكون جميع
الولاء لشريكه ويرجع شريكه بما غرمه في سعاية العبد
فيستسعيه وهكذا اذا اعتق شقصا من عبد نفسه
فان السيد يستسعي العبد في اداء قيمته عنه وجملة
الامر ان النزاع بيننا وبينهم في ثلثة فصول احدها
اثبات اصل السراية الثاني ابطال اصل السعاية الثا لث
التفرقة بين الموسر والمعسر في السراية ومأخذ النظر
في الفصول الثلاثة ان العتق هل يقبل التجزي ام لا
فعندنا يتجزى وعندهم لا يتجزى ولا يتصور نفوذ العتق
في البعض دون البعض والدليل على صحة ما ذهبنا

البيع النص والمعنى اما النص فما اخرجه الشيخان البخاري
ومسلم في صحيحيهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من اعتق شركا في عبد فان كان موسرا فعليه خلاصه والا
فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رق وفي لفظ اخر
فان كان معه وفاء لقيمته قوم عليه والا فقد عتق منه ما عتق
ورق منه ما رق فالحديث نص في تجزي العتق والتفرقة
بين الموسر والمعسر وفيه دليل على نفي الاستسعا
وليس لهم على الحديث كلام سوى انهم عارضوا بما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اعتق شركا في عبد استسعي
العبد غير مشقوق عليه والجواب من وجهين احدهما
ان لفظ السعاية لم يصح بل تفرد به سعيد بن ابي عروبة
عن قتادة والحفاظ من اصحاب قتادة كهشام الدستوائي
وشعبة وغيرهما لم يرووه الثاني انا نحمله على السعاية
برضاه ودليل هذا التاويل قوله غير مشقوق عليه وعندكم
يستسعى شق عليه او لم يشق واما الدليل على كون العتق قابلا

٢٩٨

للتجزي هو ان العتق عبارة عن ازالة الملك والملك قابل
للتجزي بدليل ما لو باع بعض العبد فانه يصح واذا كان قابلا
للتجزي في الثبوت كان قابلا للتجزي في الازالة بدليل شهادة
الطرد والعكس فان قالوا الدليل على ان الرق لا يتجزى ثبوتا
هو لو ان الامام اراد ضرب الرق على بعضه فانه لا يصح
واذا لم يتجزى ثبوتا فلا يتجزى زوالا الثاني ان تبعيض الرق
يودي الى تضاد الاحكام وتناقضها فان الحرية تقتضي
ان يكون شاهدا والرق يقتضي ان لا يكون كذلك الولايات
وساير الاحكام [illegible] الثالث ان الرق ضعف والعتق
قوة والضعف والقوة لا يجتمعان والجواب قولهم
ان الامام لو اراد ضرب الرق على بعضه ولا يصح قلنا
لا نسلم بل يتجزى اذا راى الامام ذلك واما افضاوه الى
تناقض الاحكام فممنوع ايضا فان الاحكام المختصة بكمال
الحرية لا تثبت عندنا ما لم يكمل كالشهادة والولاية وانما
يثبت ما لا يفتقر الى كمال الكمال كالبيع والشرا

والتصرفات الماليه ولا نملك ذلك عندنا لكونه حجرا بل لكونه
ادميا وانما امتنع ان يملك ذلك اذا كان قنا محافظة على حق
السيد ولو اذن له ملك وهذا الوكالة واما الدليل على ابطال
السعايه من حيث المعنى هو ان اجبار العبد على تحصيل
مال الغاقة مما لا نظير له في الاصول ولا يدل عليه معنى
معقول لان هذا العبد لم يباشر العتق ولم يتسبب
اليه والاصل في الضمانات كلها العتق الاتلاف وغيره
ان يجب الضمان على من باشر او تسبب والمباشر والمتسبب
هو المعتق فينبغي ان يجب الضمان على العبد لانه احتبس
حق الغير عنده وصار بمنزلة ما لو طارت الريح ثوبا
الى صباغ فانصبغ الثوب فانه يجب ضمان الصبغ
على صاحب الثوب ولم يباشر ولم يتسبب لاحتباس
حق الغير عنده كذلك العبد المعتق قلنا عنه جوابان
احدهما منع الاحتباس فانه متمكن من البيع والهبه
وغيرهما من التصرفات ويمكنه الانتفاع بالبعض

الشايع بطريق الهامات كما قبل العتق لنا ان هذا الا حتباس
امر شرعي لا صنع للعبد فيه فما وجهتموا جنايته به واوجاب
الضمان عليه واما مسئله الصباغ مجموعه قال الشافعي
اذا ترك الثوب في موضعه من غير تقصير ولا تفريط فهبت
به الريح الى اجانه صباغ قلنا للصباغ صبغ حاله وان
سلمناها فنقول هناك جعلنا هما شريكين فاذا بيع الثوب
كان قيمة الثوب لصاحبه وزياده الصبغ للصباغ لان
يوجب على صاحب الثوب شيئا فان قالوا اسم ميراجا
اما ان تقولوا العتق يتبعض ولا يتبعض فان لم يتبعض
ويقع في المحل جمله واحده فينبغي ان لا يفرق في ذلك بين
الموسر والمعسر قلنا هذا الذي ذكرتموه هو القياس وطال
ما ترددنا القول في القياس يقتضي ان لا يسري العتق
من محل الى محل ولا يتعدى تصرف الانسان محل ملكه
غير انا تركنا العتق بحكم من جهة الشرع للحديث الذي
رويناه مسئله بيع المدبر جائز عندنا خلافا

مطلقا لان التدبير او مقيد وقال ابو حنيفة رحمه
الله التدبير المطلق يمنع البيع وهو ان يقول ان مت
من مرضي هذا فانت حر واما التدبير المقيد فلا
يمنع البيع وهو ان يقول ان مت من مرضي هذا فانت
حر اصلا ولا خلاف في ان المعلق عتقه بصفة لا يمتنع
بيعه وان الدليل دال ان يمتنع في جميع التركة بيع
المدبر قضا به ولا خلاف ايضا في انه يعتبر خروجه
من الثلث حتى لو دبر في حال الصحة ومرض ومات
لا يعتق الا ان يخرج من الثلث واعلم ان المسئلة لنا كلها
نصا ومعنى لا متعلق للخصم فيها اما معنى فلان المدبر
لا يخلوا اما ان يكون قد استحق العتق في الحال فهو تعليق
عتق بصفة لانه اسقاط مضاف الى ما بعد الموت
اذ لا فرق بين قوله انت حر بعد موتي وبين قوله انت
حر بعد طلوع الشمس وذلك غير مانع من البيع وما كا
سوا كانت الصفة متحققة الوجود كطلوع الشمس او

او متوقعة الوجود كقدوم زيد ونزول غيث وان
قالوا قد استحق العتق في الحال فهو محال بدليل انه لا يعتق
حتى يخرج من الثلث ويخلص من الدين ولو كان قد
استحق العتق في الحال لعتق بكل حال كام الولد وحاصل
الكلام ان التدبير لا يعدوا فليس الا حال ان يكون بمنزلة
التعليق بصفة او بمنزلة الوصية بالعتق وكلاهما غير
مانع من البيع فانه لو قال اوصيت بعتقه فاعتقوه
بعد موتي لا يمتنع بيعه في الحال فان قالوا وهو ما جاهم
التدبير عندنا وصية غير ان الوصية ايجاب خلافه
بعد الموت فكانه اقامه مقامه في الحرية والايجاب على
قدر الموجب فان كان الموجب مما يقبل الفسخ كان الايجاب
ايضا كذلك لا يقبل الفسخ وما نحن فيه عقد عتاقه
وذلك لا يقبل الفسخ فكان الايجاب على قدره لا يقبل
الفسخ ونظيره الاستيلاد والجواب قلنا
دليل قبوله للفسخ اعتبار خروجه من الثلث ولا صحه

من الدين فان قالوا التدبير عقد عتاقة مطلق يستحق به
العتق بموت السيد على الاطلاق فاشبه الاستيلاد
قلنا لا نسلم الاطلاق بل هو موقوف على خروجه من الثلث
وخلاصه من الدين ثبت بذلك ان لا متعلق للخصم
في هذه المسألة من حيث المعنى واما بيان ان لا متعلق
له في الخبر له من حيث النص فما رواه ابو عيسى الترمذي
عن ابي عمر عن سفيان عن عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله
ان رجلا من الانصار يقال له ابو مذكور كان له قبطي
قد دبره فمات فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فباعه فاشتراه
نعيم بن النحام وقال عليه السلام اذا كان احدكم
فقيرا فليبدأ بنفسه فان كان معه فضل فعلى عياله فان
كان له فضل فليتصدق على غيرهم قال الترمذي
هذا حديث صحيح **مسألة الكتابة** قال الشافعي
رضي الله عنه صارت هذه الصيغة لاحقة بالعقد
اخذا من ثبت الكتاب له المسمى يقال عقد كتابة

وانما سمي نجوم الكتابة نجوما لان العرب في جاهليتها ما كانت
تعرف الحساب وكانوا يؤجلون ما يؤجلونه بنجوم الانوا
فيقول محله طلوع الثريا مثلا وهي مستحبة غير واجبة
لان الله امر بها بعد حظرها فافاد الاباحة دون
الوجوب وذهب داود واهل الظاهر الى انها
واجبة اذا ادعى العبد سيده الى كتابته على قيمته
فاما على اقل منها فلا يجب وحقيقتها عقد مشتمل
على معاوضة وتعليق حتى لو قال كاتبتك على كذا ولم
يقل اذا اديت فانت حر لا تصح عند الشافعي غير ان
المغلب في الصحيحة حكم المعاوضة بدلالة ان المعاوضة
لا بد من ذكرها وبيان قدر العوض فيها واما الصفة
فلو لم يكن بد من ذكرها كالمعوض والمغلب في الفاسدة
حكم التعليق على ما سيأتي **مسألة** من شروط
الكتابة الصحيحة ان يكون منجمة فلا يصح الكتابة الحالة عند
الشافعي رحمه الله وقال ابو حنيفة رحمه الله

وما خلا النظر من جانبنا الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين
ومن بعدهم من علما الاعصار رضوان الله عليهم اجمعين
ومن بعدهم من علما الاعصار وفقها الامصار وذلك
انكم لا تبواعبيدهم وحرصوا عليه ونقل عنهم ذلك نقلا
مستفيضا ولم ينقل عن احد منهم انه كانت كتابة حالة
ولو كان كذلك مما ان وجه جواز لما خلت الاعصار عن نقل
واحد مع توفر عددهم وكثرة ناسهم حتى انه لكثرة ما وردت
عنهم الكتابة اعتقد بعض العلما انها واجبة وهو مالك حتى
قال اذا لم يكاتب عبده مع توسم الخير فيه كاتبه الحاكم
ثم لا حلول التاجيل عندنا بل لابد من التنجيم واقله نجمان
فصاعدا لان اقل ما كانت على نجمين هكذا رواه عثمان
بن عفان انه قال لعبده لما الح عليه في طلب الكتابة والله
لاضيقن عليك ولاكاتبنك على نجمين لو كانت الكتابة
على نجم او اقل لذكر عثمان عند غضبه وقصد عقوبة
عبده واذا ثبت وروده على الاول ليس كذلك قالوا

حب علينا ان يبيع ولا يبتدع فان قالوا فنحن نلحق الحالة
بها ونقيسها عليها قلنا هذا باطل فان الكتابة عقد شرع
على خلاف القياس لمقتبس من المعاوضات فانه عقد
على ملكه بملكه وعاوض ماله بماله فان الرقبة له والمال
كتاب له س
ومعلوم ان معاملة الانسان مع ماله مما لا يقتضيه البنا
واذا وردت على خلاف القياس على وجه معين وهو التنجيم
فاطراح ذلك الوجه كاطراح الاصل والشرف به هو ان
الاصل فيها شرع رخصة وارفاقا من حيث انه عقد معاو صه
فارتفع العجز عن تسليم المعقود عليه لانه عبد مملوك لا يقدر
على شي لا يملك شيا فهو عاجز في الحال وفي شرعها حالة
اطراح لهذا المعنى بالكلية فان قالوا الاجل في السلم يقصد
منه الرفق والانتظار حاصل وقد جوزتموه حالا وفيه اسقاط
المعنى المقصود قلنا عندكم لا يجوز حالا وعندنا السلم بيع
قال الشافعي السلم صنف من البيع والاجارة صنف
من البيع فهو معاوضة في الحقيقة والاجل في المعاوضة

المقابله هناك وانما جوزناه لاجل الرفق فالمعاوضه هناك
هي المقصوده والرفق دخل تبعا وفي الكتابه الرفق هو المقصود
والمعاوضه تبع فافترقا فان قالوا اذا لم تتبعون ما ورد
به الشرع فحسب فكيف الحقتم الكتابه الفاسده بالصحيحه
قلنا معاذ الله نحن ما قسنا الفاسده على الصحيح وانما
وقع الاجماع على ان الحكم الفاسد حكم الصحيحه في حصول
العتق ووقع الخلاف في كيفيه العتق بماذا يحصل فمنهم من
قال يعتق بحكم الصفه ومنهم من قال يعتق بحكم المعاوضه
فاما ان يكون ذلك بطريق القياس فكلا فان قالوا المعنى
الذي ذكرتموه انما عجز عن المثمن والثمن تابع وليس باصل في
العقد وانما ركن العقد هو المثمن والعجز عن التابع لا يوجب
خللا في العقد بدليل المفلس فانه يجوز ان يشتري
في ذمته ما شا كيف شا وهو عاجز عن فلس واحد
وعلى هذا بنى ابو حنيفه ان المشتري اذا افلس بالثمن
لا يفسخ العقد **والجواب** قولهم هذا غير

صحيح بل المثمن والثمن كلاهما ركنان مقصودان للعقد وتعذر
كل واحد منهما يوجب فسخ العقد على ما بيناه في مسله افلاس نس
المشتري والذي نبين به هاهنا وهو اقرب نظير لما نحن فيه
المكاتب اذا عجز عن اداء النجوم فانه ينفسخ الكتابه وذلك ثمن
وتابع على ما تدعون ثبت بذلك بطلان التعليل بما ذكروه
فان قالوا وهو ماخذهم المقصود من الكتابه ملك اليد وفك
الحجر ليتمكن من الاكتساب والاستقلال بالنظر لتصرفات
والمعاملات وهذا قد تحصل ويجعل وسعى ان يعجل العوض
ولا تنويه من المتعاقدين انما جوزناه لاجله رفقا وتسهيلا
قلنا لا نسلم بل المقصود من الكتابه عتق الرقبه على ما سياتي
وعتق الرقبه من مسحوق الحال بل عند اداء النجوم **مسله**
اذا مات المكاتب انفسخت الكتابه عندنا ومات رقيقا
بكل حال سوا خلف وفا او لم يخلف ورق اولاده وتسلم
ما كان في يده من المال للمولى وقال ابو حنيفه رحمه
الله ان خلف وفا لم ينفسخ بل يودى عنه نجومه ويحكم انه

عتق من اخر جزء من اجزاء حياته ويكون ماله لورثته ان كان
مناسب وان لم يكن له مناسب لمولاه وان لم يخلف وفا
وله ولد وان لم يكن له مناسب كان لمولاه وان لم يخلف وفا
ولا ولد انفسخت الكتابه ومات رقيقا وله خلاف ان
السيد المكاتب اذا مات لا ينفسخ الكتابه بموته وللمسله
ماخذان احدهما ان عقد الكتابه عندنا ليس بلازم
من جهه العبد بل له ان يمتنع من الاداء متى شا وهل له
ان يفسخ الكتابه فيه وجهان وعند ابى حنيفه هو لازم
من جهه العبد كما هو لازم من جهه السيد فاذا كان
معه مال يفي بما عليه اجبر على ادايه وليس له الامتناع
ولا يجوز للمولى فسخه الا عند افلاسه الماخذ الثاني
ان المعقود عليه في عقد الكتابه عندنا رقبه العبد المكاتب
وقد فات ان يحصل له وعندهم ملك اليد وفك الحجر
عنه ليتمكن من الاكتساب ولنا الدليل على صحه ما ذهبنا
اليه امور منها اضافه العقد الى ذاته فانه يقول كاتبتك

ومحل العقد ومورده ما يضاف العقد اليه الثاني
زوال الملك عن الرقبه باداء النجوم الثالث الرجوع
الى قيمتها عند فساد العقد وهذا لان المعقود عليه
في كل عقد ما يضاف اليه عند فساده ومن المعلوم ان في
الكتابه الفاسده اذا حصل العتق رجع الى قيمه رقبته
لا الى قيمه اكسابه واذا ثبت ان المعقود عليه هو الرقبه
فاذا فاتت قبل حصول المقصود بطل العقد وارتفع
كهلاك المبيع قبل القبض فان قالوا وهو ما جلهم الدليل
على ان المعقود عليه ملك اليد وفك الحجر ليحصل الاكتساب
امران احدهما ان المقصود من كل عقد ما يحصل ذلك
العقد والذي يتعقب عقد الكتابه هو ملك اليد فدل
انه المقصود بالعقد الثاني تمكن السيد من المطالبه بالنجوم
في الحال لان العوض انما يستحق على من يسلم له العوض
والمكاتب لم يسلم له نفسه في الحال وحيث استحق عليه
العوض في الحال وطولب به دل ان المعقود عليه ملك

البيد وفك الحجر عنه لانه الذي سلم له فكان العوض في مقابلته
والجواب نعول المعلوم من وضع الشرع وقصد
المكاتبين ان المقصود من الكتابة هو العتق وما سواه
فقط الا لهذا العوض فاما ملك اليد والاكتساب انما
ثبت ذريعه ووسيلة لتحصيل هذا المقصود لانه مراد
لنفسه واي فائدة في ذلك في عدنا من جعل الذريعه
مقصودا والمقصود تابعا وقولهم ان حكم العقد ما تعقبه
ملك اليد دون العتق قلنا لاجل هذا خالفت الكتابة
سائر العقود والمعاوضات لان مقصودها متراخي عنها
وهو العتق وتعقبها ما ليس بمقصود رخصة من
الشرع ليحصل مقصود العتق فاذا قالوا فلا نسلم
ان المقصود قد فات بموت المكاتب اذ عندنا ان يعتق
بعتق بعد الموت ويضيفه الى اخر جزء من اجزاء
حيوته كما لو حفر بيرا في محل عدوان حال حيوته
كما لو قال حفر بيرا في محل عدوان ... كما لو نصب شبكه

في حال حيوته فتنعقد بها طيبه بعد موته فانها تدخل في
ملكه بعد الممات مستندا الى حال الحيوة بدليل انه يقضي
منها ديونه وتنفذ وصاياه قلنا نفوذ العتق في الميت
محال لان اثره اما في زوال الملك والرق فان كان موثرا
في زوال الملك فالميت ليس محلا للملك فانه جيفه مستحيله
لا مالية لها ولا انتفاع بها وان كان موثرا في زوال الرق
فالرق عبارة عن ضعف شرعي في المحل لقبول الملك
ويتقدر وجوده فيه لحلول الملك وقد دللنا على استحالة
قبوله للملك فيمتنع تقديره لعدم الحاجة اليه وقولهم يحصل
مستندا الى اخر جزء من اجزاء حيوته قلنا باطل لانه
يلزمه من ذلك تقديم الحكم على سببه او تقديم المشروط
على شروطه لان اداء النجوم اما سبب لحصول العتق او
شرط وكل واحد منهما ممتنع وليس قالوا نثبته في الحال
ونسنده الى اداء النجوم قلنا لو كان محلا للحرية بالنجوم
المقدرة لاستقر العتق فيه ولم يستند الى ما تقدم

لان ما صلح للاثبات صلح للابقا اذ الابقا اسهل من الانشا
فحيث لم نحكم باستقرار العتق وبقايه دل انه لا يصير محلا
بتقدير الحيوه فيه واما مسله حفر البير فغير لازمه
لانا لا نقول باسناد الحكم الى حال الحيوه بل نقول يجب الضمان
بعد الموت ابتدا فان المضمون قد يكون ممن لم يلحق في
تلك الحال فان قالوا كيف يجوز ايجاب الضمان ابتدا
بعد الموت قلنا يجوز لان سببه قد وجد كاملا في
حال الحيوه ولا يمكن اضافه الحكم الى تلك الحال واما
مسله التركه عندنا تحصل على ملك الوارث
ابتدا او قضا ديونه وتنفيذ وصاياه منها لا ينافي
ذلك فان الصحيح من مذهبنا ان الدين لا يمنع انتقال
التركه الى الورثه بل ينتقل اليهم ثم يصرف الدين عنه
ثم ما كان لهم جميع ما قرروه في دعوى الاستناد
يبطل بحكمين لازمين احدهما لو قتله قاتل وجب
عليه القيمه دون الديه ولو مات حرا الضمن بالديه

لا بالقيمه الثاني لو اوصى بشي لغيره ومات لا يصح وصيته
ولو مات حرا الضمن بالديه لا بالقيمه الثاني لو اوصى بشي
لغيره ومات لا يصح وصيته ولو مات حرا لصحت
وصيته فان قالوا مبني عقود المعاوضات على التسويه
من المتعاقدين معلوم ان بموت السيد لا ينفسخ الكتابه
فكذلك بموت العبد وتعذر العتق بعد الموت كما هو
موجود في جانب العبد موجود في جانب السيد
فانه قال اذا اديت الي فانت حر صار الادا اليه
وقد تعذر ذلك بموته ولم يمتنع ثبوت المشروط بالاجماع ع
قلنا اهليه السيد لم تبطل بموته لان الاهليه تعتبر حال له
انعقاد السبب لا حاله ثبوت الحكم بدليل انه لو علق عتق
عبده على دخول الدار ثم جن ودخل الدار حصل العتق
مع ان السيد ليس اهلا حال ثبوت الحكم اذا ثبت ذلك
فالسيد قد كان اهلا لانعقاد السبب وما بعده
لا عبره به قلنا لا ينفسخ الكتابه اما المكاتب اذا مات

فقد خرج عن كونه محلا للحكم وهو الحريه والجبله معتبره
حاله ثبوت الحكم وقد فاتت بالموت فانفسخ العقد لفوات
محله واما التعليق واضافه الادا اليه فغير مقصود في
نفسه وانما المقصود اسقاط النجوم عن ذمته بدليل
انه لو ابراه عن النجوم عتق وان لم يرد اليه شيا **مسله**
اذا استولد امه الغير بنكاح فالولد رقيق بالاتفاق
فان اشترى الام والولد يوما من الدهر فعند الشافعي
لا تصير ام ولد له وقال ابو حنيفه تصير ام ولد
له اما الولد فيعتق عليه لان الابن يعتق على ابيه اما اذا
وطي امه الغير بشبهه فاتت بولد فالولد حر وفاقا
فاذا اشترى الامه هل تصير ام ولد له فيه قولان
للشافعي رضي الله عنه ولو وطي امه زنا فاتت بولد
فالولد رقيق ولو اشتراه الزاني بعد ذلك لا يعتق عليه
عندنا وقال ابو حنيفه رحمه الله يعتق عليه اما
الام المزني بها اذا اشتراها لم تصر ام ولد له اجماعا

واعلم بان الصحيح من مذهبنا ان حرمه الاستيلاد في
الملك وهو موضع الاجماع غير معلل لان هذا الانسان
انتفع بملكه واستنماه واخذ ريعه وفوايده فالقياس يقتضي
ان يستمر ملكه الى ان يزول ويسعت فلهذا احل وطيها والوطي
لا يحل في ملك متشعث وانما صرنا الى ذلك للنص والاجماع ع
اما النص فقوله صلى الله عليه وسلم في ماريه حين ولدت
ابراهيم اعتقها ولدها واما الاجماع فما روي ان عليا كرم الله
وجهه قال على المنبر كان رايي وراي ابي بكر وعمر ان امهات
الاولاد لا يبعن والان ان يبعن فقام اليه عبيده السلماني
فقال يا امير المومنين رايك مع الجماعه احب الينا احب
الينا من رايك وحدك فقال ان الاعور السلماني لفقيه
اشار الى رده الى الاجماع واذا لم يكن معللا اوجب الاقتصار
على محل الاجماع وهو الاستيلاد في الملك ومن تشوف
الى التعليل من اصحابنا علل ذلك بحريه الولد دل عليه انما
قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها فانه دل على ان

عتق الام تابع لعتق الولد واذا لم يكن الولد حرا لم تكن هي
حرة فان قالوا وهو ما خطر حرمة الاستيلاد في ذلك
الملك انما ثبتت لانه صار بين الواطي والموطوءة اتحاد وبعضية
لانهما عند الوطء بمنزلة الشي الواحد والولد بعض لكل
واحد منهما فان هي بعضية وهو بعضها الا ان البعضية
بين الواطي والموطوءة دون البعضية التي بين الوالد والولد
فرتبنا على كل ذي علة ما يقتضيه ترتيبا على حقيقة البعضية
التي بين الوالد والولد حقيقة العتق حتى اذا ملكه عتق عليه
ورتبنا على البعضية التي بين الواطي والموطوءة ما يليق بها
وهو ثبوت استحقاق العتق وحرمة الاستيلاد

والجواب قلنا هذا باطل تعليل من وجهين احدهما
لو صار بين الواطي والموطوءة اتحاد بعضية حتى لو صار ابو
اولادها وهي ام اولاده لما جاز لابنه ان يتزوج بنتها
لانه يكون متزوجا اخته وذلك باطل الثاني انه اذا
اشترى الموطوءة يلزم ان تصير ام ولد له لان بينهما اتحاد

وبعضية على ما قررتموه الثالث ان ذلك تعليل يصادم نص
رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث اشار صلى الله
عليه وسلم الى ان حريتها بحرمة الولد حيث قال اعتقها ولدها
وفي التعليل بالبعضية ابطال الولد
والله اعلم

تم الكتاب تكاملت نعم السرور للصاحب
وعفى الله بلطفه وجوده
عن كاتبه
ولله الحمد
والمنة

طالع [illegible] الكل السعد [illegible] عليه السلام

[illegible] المطالعة

[illegible] بجمع [illegible]

[illegible] عند [illegible]

وبجانبه [illegible] عشر [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible] الشافعي طاهر بحاسن [illegible]

اليد يوسف [illegible]

منقوش [illegible] اطال وثلثان

بالمصر [illegible] محمد عثمان والسبع بسوق

لسقط [illegible]

الاول [illegible] البعض [illegible]

[illegible]

[illegible]